نادية فضيل



القانون التجاري الجزائري

الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري

ديوان المطبوعات الجامعية

الدكتورة نادية فضيل

أستاذة محاضرة

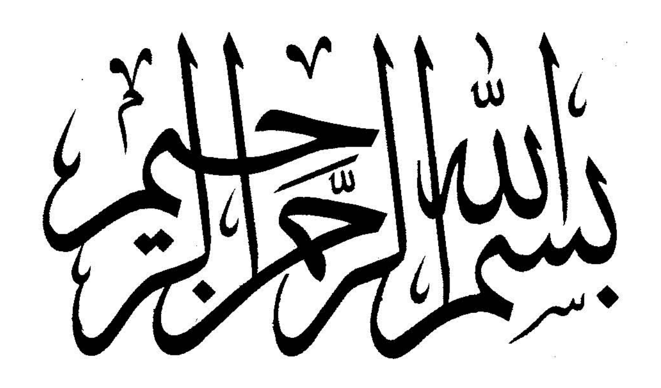
كلية الحقوق ـــ جامعة الجزائر

القانون التجاري الجزائري

(الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)

الطبعة السادسة 2004

ديوان المطبوعات الجامعية



رقم النشر : 4.02.3855
رقم: ر.د.م.ك (ISBN) 9961.0.0223.7
رقم الإيداع القانوني: 2001/1562

الإهـــداء

أهدي هذا الكتاب إلى أستاذي الجليل والقدير الأستاذ علي علي سليمان الذي أمد الطلبة الجزائريين بلب ما اكتسبه من علم ومعرفة، والذي لم يبخل علينا. فهذه ثمرة جهود بارزة في تلميذته البارة، والتي تعتبره بمثابة الأب، رحمه الله.


http://www.sonofalgeria.blogspot.com/

باب تمهيدي:

تصعب كتابة القانون التجاري، نظرا لكونه لا يعد قانوناً شكلياً Formaliste فضلاً عن أنه قانون عرفي، واذا قارنا القانون التجاري بالقانون الذي يعد الشريعة العامة في حكم العلاقات القانونية، نجده حديث النشأة، إذ لم يظهر كقانون مستقل يتميز بقواعد خاصة به الا في عهد قريب تحت تأثير الضرورات العملية والحاجة الاقتصادية الملحة التي اتسمت بها الحياة العصرية، الامر الذي أدى الى اخضاع فئة معينة من الاعمال والاشخاص لهذا القانون، وقد عرف الفقه هذا الاخير بأنه فرع من فروع القانون الخاص، يشمل على قواعد قانونية تحكم مجموعة من الاشخاص تدعى التجار ومجموعة من الأعمال تدعى الأعمال التجارية، وفي رأينا ان القانون التجاري هو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم وتحكم الحياة التجارية أو العالم التجاري.

هذا ويرى الفقه أن مفهوم التجارة في المجال الاقتصادي مفهوم ضيق،.اذ يقصد به تداول وتوزيع الثروات، بينما مفهوم التجارة في المجال القانوني أوسع من ذلك إذ فضلا عن أنه يشمل تداول وتوزيع الثروات، فهو يشمل ايضا عمليات الانتاج الخاصة بالميدان الصناعي، فجميع هذه الانشطة الحيوية تخضع لحكم القانون التجاري، والملاحظ أنه لم يقتصر الأمر على الميدان الصناعي فحسب، بل توسع مفهوم التجارة في العصر الحاضر، وأصبح يشمل أيضا تداول الاموال المعنوية التي أصبحت من ضرورات النشاط الاقتصادي.

واذا كانت العقارات في الماضي، بعيدة كل البعد عن المجال التجاري نظرا لعدم تداولها من الناحية المادية، فإن الحياة العصرية اليوم تثبت عكس ذلك إذ أصبح الاشخاص يشترون هذه العقارات بقصد اعادة بيعها مثل ما يشتري التاجر أية سلعة منقولة بقصد اعادة بيعها ، وبهذا تلاشى المفهوم الضيق للتجارة، الذي كان يخرج العقارات من الحياة التجارية(1).

اذن نلاحظ مدى اتساع مفهوم القانون التجاري في العصر الحاضر، لذا نفضل ان نطلق عليه اصطلاح قانون الاعمال Droit des affaires بدلا من القانون التجاري، وهذا للتطور السريع والمستمر الذي تتسم به الحياة التجارية.

ولدراسة هذا الموضوع سنتبع الخطة التالية:

باب تمهيدي:

الفصول الأول: علاقة القانون التجاري بالقوانين الاخرى

المبحث 1- علاقة القانون التجاري بالقانون الاقتصادي

المبحث2 - علاقة القانون التجاري بالقانون الدولي

المبحث 3- علاقة القانون التجاري بالقانون الجنائي والضريبي

---

(1) HAMEL. G.LAGARDE. A. JAUFFRET. Droit Commercial, 2eme édition, T. 1 par Alfred Jauffret, Introduction à toutes les personnes du droit Commercial, les Commerçants Individus DALLOZ 1980. P. 3.

الفصل الأول

علاقة القانون التجاري بالقوانين الأخرى

المبحث الأول:

علاقة القانون التجاري بعلم الاقتصاد:

توجد علاقة وثيقة بين القانون التجاري وعلم الاقتصاد، فإذا كان هذا الاخير يبحث عن كيفية اشباع الحاجات الانسانية عن طريق الموارد، فإن القانون التجاري ينظم وسائل الحصول على هذه الحاجات، فكل الأشياء التي يهتم الاقتصاد بانتاجها وتوزيعها واستهلاكها، وتداولها سواء كانت حاجات أو أموالا، هي نفسها التي يهتم بها القانون التجاري، بحيث يقوم بتنظيمها من الناحية الاتفاقية والقانونية والقضائية، ومن ثم فإن كل من الإقتصاد والقانون التجاري يعمل على توفيرها وتسخيرها لخدمة الانسان.

ولقد ازداد النشاط الاقتصادي في العصر الحاضر، مما ادى إلى خلق قواعد قانونية جديدة في المجال التجاري والصناعي والمالي مثل عقود النقل والتأمين وعمليات البنوك ونظرا للصلة الموجودة بين علم الاقتصاد والقانون التجاري، فقد ادى الامر إلى اعتبار هذا الأخير قانوناً للأعمال (1)، يتسم بالسرعة والائتمان، وليس فقط قانون التجارة الضيق، كما ادت هذه الصلة الى اعتبار كل منشأة اقتصادية، يشملها القانون التجاري في حالة ما إذا اتخذت شكلاً تجارياً واستعانت بالاساليب التجارية في ادراتها أو استجماع رأسمالها والحصول على الائتمان، ولذلك اعتبر البعض القانون التجاري هو قانون النشاط الاقتصادي بجميع صوره، ويعرف هذا الفرع من القانون وفقاً لهذا الرأي بأنه مجموع القواعد المتعلقة بنشاط الانسان من انتاج وتملك وتداول واستهلاك للثروات.

---

(1) انظر سميحة القليوبي - ص 9 وانظر ايضا عباس حلمي ص6 JAUFFRET
وأنظر ايضا المرجع السابق - ص 11

المبحث الثاني:

علاقة القانون التجاري بالقانون الدولي:

ان الصلة وطيدة بين القانون التجاري والقانون الدولي العام نظرا لتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية (1)، اذ احدث هذا التدخل تغيرا جذرياً في القانون التجاري، بحيث اصبحت الدولة تقوم بدلا من الخواص بالنشاط التجاري وتوجهه وفق خطة اقتصادية معينة، فتضع لذلك قواعد للاتجار بقصد المحافظة على النظام العام، وفي سبيل تحقيق خطتها الاقتصادية تقوم بابرام اتفاقيات تجارية دولية كما توجد صلة بين القانون التجاري والقانون الدولي الخاص، فهذا الاخير يقوم بتنظيم العلاقات التجارية التي تشتمل على عنصر اجنبي أي التي تتم بين رعايا الدول المختلفة نظرا لتزايد العلاقات الدولية نتيجة سهولة وسائل النقل وانتشارها بحيث ادى الى توحيد أهم قواعد القانون التجاري، نظرا لاختلاف القواعد الداخلية لكل دولة، وهذا حتى يمكن القضاء على مشكل تنازع القوانين، لذا لجأت الدولة الى عدة وسائل لتوحيد القانون التجاري منها:-

1) ماقصد به توحيد المجال الاتفاقي اذ لجأ التجار أنفسهم إلى وضع قواعد اتفاقية موحدة للعلاقات الدولية يلتزم بها الأطراف اذا رغبوا في ذلك حتى يتجنبوا الشروط المختلفة التي يتضمنها كل عقد والتي تؤدي الى الإختلاف في تفسيرها وتطبيقها، لذا توضع نماذج لعقود البيع الدولية Contràts- types كعقد التصدير والاستيراد أو العقود التي تجريها الهيئات النقابية والغرف التجارية، فانتشار بعض النماذج التي يكثر انتشارها في المعاملات الدولية جعل للاطراف مصلحة في الخضوع لا حكامها بدلا من الشروط المختلفة التي يتضمنها كل عقد والتي تؤدي الى صعوبات جمة.

---

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق - ص 11 .-

2) وما قصد به توحيد احكام القانون التجاري اذ ابرمت عدة اتفاقيات دولية لتنظيم العلاقات التجارية الدولية ومن تم تلتزم بها كل دولة تم توقيعها على هذه الاتفاقيات ومثالها اتفاقية بون لسنة 1953 المتعلقة بالنقل بواسطة السكة الحديدية اذ حددت هذه الاتفاقية شروط آثار عقد النقل في حالة ما اذا كان النقل يتجاوز الحدود الاقليمية للدولة المتعاقدة، فمثلا اذا وجد عقد نقل بضاعة من فرنسا الى المانيا عن طريق سويسرا (وتعد هذه الدولة موقعة على الاتفاقية) فإن هذا العقد يخضع للاتفاقية دون احكام القانون الفرنسي الداخلية، أما عقد النقل داخل الحدود الاقليمية للدولة الموقعة فإنه يخضع للقانون الداخلي للدولة التي ابرم فيها العقد، كاتفاقية جنيف الخاصة بتوحيد احكام السفتجة والسند الاذنى المبرمة سنة 1930 واحكام الشيك المبرمة سنة 1931، والتي تعهدت فيها الدول بتعديل قانونها الداخلي بما يطابق احكام هذه الاتفاقية حتى تصبح هذه الاخيرة بمثابة قانون داخلي. [1]

---

1) انظر مؤلفنا في الأوراق التجارية في القانون الجزائري - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 1999

المبحث الثالث:

علاقة القانون التجاري بالقانون الجنائي والضريبي:

لاتقتصر علاقة القانون التجاري على علاقته بعلم الاقتصاد والقانون الدولي فحسب، بل تتصل ايضا بعده فروع من القانون، كالقانون الضريبي الذي يقوم بتنظيم ضريبة خاصة على الارباح التجارية والصناعية، كما توجد علاقة وطيدة بين القانون التجاري والقانون الجزائي، اذ ينظم هذا الاخير الجرائم والمخالفات المتعلقة بممارسة التجارة كجريمة الافلاس وتقليد أو تزوير براءات الاختراع والاعتداء على الاسم التجاري وجريمة سحب شيك بدون رصيد الخ..

وتظهر كذلك العلاقة بين القانون التجاري وقانون العمل في أن عمال المتجر أو المصنع كافة يخضعون لقوانين الضمان الاجتماعي وتحديد ساعات العمل والأجر وجميع المزايا التي يقررها قانون العمل (1).

---

(1) عباس حلمي المرجع السابق - ص.8 و9

وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 11 و 12.

الفصل الثاني

تطور القانون التجاري عبر العصور



المبحث الأول:

العصور القديمة:

احتلت الزراعة مكانة هامة في حياة الشعوب القديمة، اذ حظيت باهتمام كبير على أساس أنها مصدر رزق شريف، بينما نبذت التجارة وتركت للأجانب والعبيد ذلك لأن الاجنبي في نظر الشعوب القديمة كان يوضع في منزلة العبد أو العدو، لذلك تركت له المهام الحقيرة أو الوضيعة ومنها التجارة، هذا ما نجده عند الشعوب القديمة.

لذا لم يظهر القانون التجاري كقانون يتمتع بكيان مستقل، الا في عهد قريب غير اننا نعثر لدى الشعوب القديمة والحضارات السابقة على بعض القواعد التجارية التي لازال معمولا بها حتى الآن.

ويقول الاستاذ أسكارا ESCARRA(1)، ان هذه القواعد ظهرت اثر الحروب التي كانت تنشب بين شعوب مختلفة، فانتشرت في الحياة العامة كقواعد دولية يتعامل بها الكل، لذا يقال أن القانون التجاري، نشأ قانونا دوليا وفيما يلي نتعرض لبعض هذه القواعد التي اشتهرت بها الشعوب القديمة.

---

(1) JEAN ESCARRA. Cours de droit Commercial. nouvelle edition librairie du recueil sirey, Paris 5 1952. P. 2.

1- المصريون:

كان اهتمام المصريين منحصراً في الزراعة، وتركوا التجارة للأجانب من اليهود والكلدانيين، ويرى بعض المؤرخين، انه رغم ذلك، فقد كانت للمصريين القدماء تجارة واسعة مع البلدان المجاورة، وقد كان احد الملوك يدعى بوخوريس BOCCHORIS في القرن السابع قبل الميلاد، قد اصدر قانوناً تضمن قواعد صارمة بالنسبة للقرض بفائدة (1)، وفيما عدا ذلك لا يوجد شيء يثبت لنا وجود قواعد أخرى عند المصريين.

2- البابليون:

عثر على وثيقة هامة تثبت أن للشعب البابلي قانوناً يدعى قانون حمورابي، كان ينظم علاقات البابليين، وقد اشتمل على قواعد تجارية هامة منها، القرض بفائدة عقد الشركة، وعقد الوديعة أو ايداع السلع، وعقد الوكالة بالعمولة.

وهذا الاخير يتضمن شخصين، يمنح احدهما للأخر مبلغاً من المال بقصد استثماره مقابل عمولة عادة نسبة مئوية من الصفقة وهذه الأنظمة توجد في المواد 100 الى 107 من هذا القانون. (2) كما عثر على العمليات التجارية التي عرفها الشعب البابلي في وثائق اقدمها Les briques de Warka والتي تعود الى سنة 2.000 قبل الميلاد، والتي كشفت عن عمليات البنوك، وعقود الرهن الحيازي، وعقود الخدمات Service de caisse de la clientele (3).

---

(1)- Joseph HAMEL et Gaston Lagarde, Traite de doit commercial, Tome1 Paris, Libraire DALLOZ 1954. P. 18.

(2) المرجع السابق ص 7 Juglart

وانظر أيضا المرجع السابق ص 18 Hamel et lagarde

وانظر ايضا محي الدين الجرف مذكرات في القانون التجاري، جامعة الجزائر، معهد العلوم الاقتصادية - 1979 - 1980 - ص 2. HAMEL ET LAGARDE

(3) المرجع السابق - ص 18 و 19 HAMEL ET LAGARDE

الفنيقيون:

انتقلت التجارة الى الشعب الفينيقي، غير أن هذا الأخير كان متعوداً على القرصنة في البحر الأبيض المتوسط، مما أدى به إلى معرفة عدة قواعد بحرية لازالت مشهورة في القانون البحري الى الآن، ومثالها القرض البحرى Le prét Nautique واحياناً يسمى قرض المخاطر الجسيمة Le prét à la Grosse aventure (1)، وقاعدة الرمي في البحر الذي يعد أساس نظام الخسائر البحرية المشتركة في القانون الحديث والذي بمقتضاه، اذا القيت بضاعة في البحر بهدف تخفيف حمولة السفينة اذا ما هددها خطر، فيجب على مالك السفينة وأصحاب البضائع أن يتحملوا نسبة من هذه الخسائر عن طريق تعويض صاحب البضاعة التي القيت في البحر نتيجة استفادة الآخرين(2)

4- اليونانيون:

في ظل تطور التجارة البحرية التي انتشرت في البحر الأبيض المتوسط ظهرت الحضارة الهيللينية، فأصبح اليونانيون من كبار التجار الملاحين وسيطروا على التجارة البحرية Les maitres du negoce mediteranien وابرز نشاط عثر عليه لدى هذا الشعب، هو عملية القرض الجزافي الذي يقوم على فكرة مؤداها أن يقرض شخص مالك السفينة، مبلغاً من المال لتجهيز السفينة أو شراء بضاعة، فإذا وصلت السفينة الى الميناء المقصود، كان للمقرض استيفاء مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة، اما اذا هلكت السفينة، فيخسر المقرض مبلغ القرض، اي في هذا العقد يتحمل المقرض مخاطر الملاحة، وهذا النظام هو أصل نظام التأمين الحديث (3).

---

(1) سميحة القليوبي موجز في القانون التجاري، الاعمال التجارية، التاجر، الملكية الصناعية والتجارية - دار الثقافة العربية للطباعة، النشر مكتبة القاهرة الحديثة- الطبعة الأولى - 1972 - ص 10. وأنظر ايضا محي الدين الجرف المرجع السابق - ص 3.

(2) أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري طبعة الثانية - 1981 - ديوان المطبوعات الجامعية - ص 24.

(3) محي الدين الجرف المرجع السابق - ص 3- وأنظر أيضا أكثم أمين الخولي - قانون التجارة اللبناني المقارن، الجزء 1، الطبعة 2، 1967 بيروت لبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - ص 14 ، وأنظر أيضا محرز المرجع السابق - 24 و 25.

بعد ذلك انتقلت الحضارة الهيللينية الى دلتا النيل عن طريق ورشة الاسكندر الأكبر، فانتشرت العمليات التجارية في مصر البطلمية ومصر الاسكندرية، وقد عثر المؤرخون على أوراق من البردي Papyrus(1) تكشف عن عمليات تجارية، والبعض منها يتضمن أمراً صادراً من تاجر الى مدين له، يلزمه بتقديم مبلغ من المال الى شخص ثالث. فهذه العمليات قد تكون شكلاً قديماً للأوراق التجارية المعروفة حالياً، غير أنه يصعب تحديد ذلك بشكل واضح.

5- الرومانيون:

تبنوا الرومان هم أيضا التجارة، وقدسوا الزراعة التي كانت مصدراً للرزق، بينما تركوا التجارة للعبيد على اساس أنها أعمال دنيا يترفع عنها الرومان الأصلاء، لكن بعد غزو روما للشعوب المجاورة واحتكاكها بحضارات مختلفة، ظهرت الحاجة الملحة للاتجار مع الاجانب والأضطرار الى وضع انظمة قانونية جديدة تحكم هذه العلاقات الجديدة، فأدى الأمر الى خلق ما يسمى بقانون الشعوب Le Jus Jentium (2) الذي اختلف عن النظام القانوني الذي كان يحكم علاقات الرومان فيما بينهم والذي تمثل في Le jus civile ، أي القانون المدني الذي تميز بشكليات خاصة ومعقدة، في حين تميز قانون الشعوب بخلوه من جل التعقيدات والشكليات التي من شأنها عرقلة المعاملات بين الأفراد لكنه لم يكن قانوناً تجارياً بالمعنى الصحيح، وإنما عرف عمليات تجارية منها نظام البنوك، ونظام المحاسبة، إذ كان الرومان يمسكون دفاتر

---

(1) المرجع السابق - ص 19 HAMEL ET LAGARDE

(2) أكثم أمين الخولي المرجع السابق ص - 14 - 15- وأنظر ايضا سميحة القليوبي - ص 28 وأنظر أيضا محي الدين الجرف - ص 4 - وأنظر أيضا عباس حلمي - الاعمال التجارية التاجر ، المحل التجاري - ديوان المطبوعات الجامعية 1983 - ص 11.

تبين الدخل والنفقات، ونظام الرمي في البحر وعقد القرض البحري الذي تبنوه عن اسلافهم، كما عرف الرومان فكرة الافلاس المالي، وهي أن المدين في حالة امتناعه عن الوفاء بديونه في أجل استحقاقها، يعهد بأمواله الى شخص يتولى بيعها وتصفيتها ثم توزيع ثمنها على الدائنين، وقد كان الرومان من قبل يستعملون وسيلة الاكراه البدني بقصد حمل المدين على الوفاء بديونه. (1)

نخلص مما تقدم الى أن الشعوب القديمة عرفت قواعد تجارية مستقلة عن بعضها ولم تدرجها في قانون مستقل، وانما ادرجتها في قانون واحد يحكم وينظم علاقات الافراد بصفة موحدة، فساهمت هذه الشعوب في وضع أصول القانون التجاري الى أن برز قانون مستقل يحكم فئة من الأشخاص والأموال، وهذا في القرون الوسطى.

(1) محرز المرجع السابق - ص 25. وانظر ايضا المرجع السابق ص 19 - 20

HAMEL ET LA GARDE

وأنظر أيضا Georges Ripert. Traité elementaire de droit commercial Tome 1; 2eme adition. L. G. D. J. 1984 . P. 7 et 8

المبحث الثاني:

العصورالوسطى:

اثر سقوط الامبراطورية الرومانية بسبب غزوات البربر في القرن الخامس الميلادي تقلصت حركة التجارة الداخلية والدولية وبدأ نظام الاقتصاد المغلق المحصور فوحدته القرية والمدينة، وهذا نظرا للفوضى التي سادت في ذلك العهد، فضلاً عن ضعف السلطات المحلية في تأمين الطرق التجارية(1)، فلم تنتعش الحركة التجارية الا عند قيام الحروب الصليبية التي أدت إلى فتح أبواب التجارة بين الشرق والغرب، وكانت ايطاليا بحكم موقعها الاستراتيجي المطل على البحر الأبيض المتوسط، تتلقى كل شيء حديث جاء به العرب، وهذا في القرنين السابع والثامن الميلادي، فبرز شأن العرب في تطوير التجارة بدليل وجود مصطلحات لاتينية ذات اصل عربي، ومازالت مستعملة حتى اليوم (2)، كما ابتدع العرب عدة قواعد تجارية، كشركات الأشخاص ونظام الافلاس والتعامل بالسفتجة، والمبدأ الرضائي الذي عرفته الشريعة والذي لاشك أنه قلّص من حدة الشكلية التي كانت تعرفها القوانين الغربية انذاك، والمتمثلة في القانون الروماني، وقد تمثل المبدأ الرضائي في قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية (3) بدليل الآية الكريمة من سورة البقرة (281) بعد قوله تعالى : "ياأيها الذين أمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه... إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها".

وهكذا، بفضل ما جاء به العرب ازدهرت مدن ايطاليا كجنوا، وفلورنسا والبندقية ووجدت بها أسواق عالمية لتبادل التجارة.

---

(1) أكثم أمين الخولي المرجع السابق - ص 15

(2) أكثم أمين الخولي المرجع السابق - ص 18، وأنظر أيضا محرز المرجع السابق - ص 26

(3) محمد فريد العريني المرجع السابق، ص 16.

أما في باقي انحاء اوروبا، فقد كان للكنيسة دور غير مباشر في تطوير القانون التجاري، اذا حرمت الكنيسة قرض المال بالربا، ولم تستثنِ الا اليهود اللومبردين وهم سكان مدينة لومبا رديا ومعظمهم من الايطاليين، فهذا الحظر الذي جاءت به الكنيسة، جعل أصحاب رؤوس الأموال يبحثون عن وسيلة اخرى لاستثمار أموالهم فابتدعوا نظام التوصية الذي بمقتضاه يقدم الرأسمال نقودا للتاجر في مقابل جزء من الارباح على الا يسأل الا في حدود ما قدمه من مال، فأقرت الكنيسة هذه العملية نظرا للمخاطر التي تتعرض لها النقود في هذه الحالة. (1)

وهكذا نشأت شركة التوصية التي حققتنجاحاً كبيراً فيما بعد ولنفس العلة، اباحت قرض المخاطر الجسيمة وانتهى خطر الكنيسة في القرن التاسع عشر، حين اخذت القروض للانتاج مكاناً كبيراً في العمليات المصرفية.

وقد تميزت العصور الوسطى بظهور القانون التجاري بمعناه المعروف اليوم اذ وضعت القواعد التجارية باديء ذي بدء في حي Calle - mala (2)، ومعناه الشارع السيء وهو الشارع الذي كانت تجتمع فيه أكبر طائفة للتجار، كما أجتمعوا في المدن الايطالية وتضامنوا فيها بينهم الى أن اصبحوا يتمتعون بنفوذ كبير، ويكونون طوائف متخصصة في تجارة معينة، كطاائفة تجار الحرير مثلا، وكانت كل طائفة تنتخب رئيساً لها يدعى، القنصل، فيتولى الفصل في المنازعات التي تنشب بين التجار وبين من يقومون بالاعمال التجارية ولو كانوا غير تجار، وهكذا، انشأ تجار المدن الايطالية قضاءا تجارياً مستقلاً عن القضاء العادي الذي يلجأ اليه كافة الناس، كما اصبحوا يكونون فئة متميزة عن فئة الشعب. (3)

---

(1) المرجع السابق- ص 17، انظر كذلك عباس حلمي المرجع السابق - ص 12، وانظر ايضا محي الدين الجرف - ص 3 و 4.

(2) محمد هلال، مطبوعة القانون التجاري لسنة 1976.

(3) أحمد محرز المرجع السابق ص- 25

وقد برزت ايضا في العصور الوسطى ظاهرة انتشار الاسواق تدريجية في المدن الأوروبية، كمدينة باريس وبيوكير، وفرانكفورت وجنوا الى اخره(1)، فكان التجار في البداية يقومون برحلات جماعية في المواسم، نظرا لصعوبة التنقل وعدم الأمان الذي كان سائدا في أوروبا انذاك، لكن ما لبثت هذه الاسواق ان استقرت في المدن الكبرى، فاصبحت اسواقاً عالمية انتشرت فيها عادات واعراف تعامل بها التجار الى أن اصبحت بمثابة قواعد قانونية تستعمل في جميع الاسواق، وكانت الدعامة التي تقوم عليها هذه القواعد هي السرعة في العمليات التجارية ودعم ائتمانها. (2).

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 4 وأنظر ايضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 25.

(2) أكثم أمين الخولي المرجع السابق- وانظر على حسن يونس القانون التجاري جامعة عين الشمس

المبحث الثالث:

العصور الحديثة:

تتميز العصور الحديثة بظاهرتين شهيرتين (1) الأولى تتمثل في امتداد الحركة التجارية الى حوض البحر الأبيض المتوسط والمواني‌ء الايطالية الاوروبية الواقعة على المحيط الاطلنطي، وذلك نتيجة للكشوف الجغرافية التي تمت في هذا العهد، وأهمها أكتشاف القارة الامريكية، وطريق رأس الرجاء الصالح الى المواني‌ء الاسيوية، وهكذا نشأت الرأسمالية التجارية وما أقترن بها من تيار التوسع الاستعماري الذي اشتهر به هذا العصر، والظاهرة الثانية تتمثل في تدفق المعادن الثمينة في الاسواق الاوروبية بصورة واسعة مما ادى الى انخفاض قيمتها حتى فقدت ثقة المدخرين الذين اصبحوا يتجنبون اكتنازها ويفضلون استثمارها، وكان يقابل هذا العرض طلب كبير هلى الادخار العام من جانب الرأسمالية، ولتمويل التجارة مع المستعمرات، ومن جانب الدولة التي كانت بحاجة الى القروض لتمويل الحروب، كما يلاحظ في هذا العهد ازدياد قوة التجار في غرب أوروبا، وأحكام تنظيمهم المهني الطائفي، لكن استئثار التجار بالتشريع والقضاء لانفسهم بدأ في الزوال لتزايد قوة السلطة المركزية في الدول الكبرى التي بدأت تتوحد في ظل النظام الملكي وتنتقل بالتدريج من إطار النظام الاقطاعي الى شكل الدولة الحديثة، وقد ادى هذا الى اضمحلال الطابع الدولي للقانون التجاري وبدأت حركة تقنينه.

---

(1) المرجع السابق – ص 35 – .JAUFFRET

المبحث الرابع:
تقنين القانون التجاري:

ظهرت الحاجة الملحة الى تقنين القانون التجاري نظرا للاستقرار الاقتصادي الذي ظهر في القرن التاسع عشر، وهذا في ظل النظام الحر، غير أننا ننطلق في دراستنا من تقنين القانون التجاري الفرنسي لان معظم الدول العربية بما فيها الجزائر، قد استنبطت قوانينها من احكام القانون التجاري الفرنسي.

ويرجع أول تقنين للقانون التجاري الفرنسي الى عهد لويس الرابع عشر ، الذي اصدر أمراً ملكياً أثر الاقتراح الذي وجهه اليه وزيره COLBERT وهذا حتى يقضي على الفوضى القانونية التي نشأت من تعدد الاعراف والعادات في المدن بين مختلف المقاطعات الفرنسية، فشكلت لجنة من الخبراء كان من ابرز اعضائها أحد مشايخ التجار المدعو JACQUES SAVARY فقامت هذه اللجنة بتحريات واسعة النطاق لدى طوائف التجار للوقوف على اعرافهم، ووضعت أول تقنين للتجارة البرية سنة 1673 وسمي هذا الأخير بمجموعة سافاري أو تقنين سافاري. نظرا للدور الذي قام به هذا الاخير في صياغة نصوصه، وقد اصطبغ هذا التقنين بالصبغة الطائفية ومنح التجار امتيازين:

- الامتياز الأول قانوني، ويتمثل في عدم اخضاع الأعمال التي يقوم بها التجار اثناء مزاولتهم للتجارة الى قواعد الشريعة العامة Droit commun.

- والامتياز الثاني قضائي، ويتمثل في اسناد الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تثار بين التجار بسبب مباشرتهم للنشاط التجاري، الى المحاكم القنصلية Les Juridictions consulaires، وقد حدد اختصاص

هذه المحاكم بصفة رسمية لأول مرة بمقتضى مرسوم اصدره شارل التاسع سنة 1560(1).

وفي القرن الثامن عشر، ظهرت حركة اصلاحية في فرنسا، وتأثرت بفلسفة الفيزيوقراطيين les physiocrate تهدف إلى إلغاء نظام الطوائف نظرا لمساوئه التي كانت تعرقل التجارة والصناعة، ومن ثم تهدف إلى تخليص القانون التجاري الفرنسي من عيوب النزعة الطائفية، وكان رائد هذه الحركة TURGO الذي وصف لوائح التجارة بأنها: قوانين صاغها الجشع، واعتمدت دون تمحيص في ازمان الجهل" فاصدر في فبراير سنة 1776 امراً بتقرير حرية التجارة والصناعة، والغاء نظام الطوائف الذي كان يشكل في نظره خرقاً لمباديء القانون الطبيعي والمصلحة العامة، لكن هذا الاصلاح لم يدم طويلا اذ زال بعزل TURGO من منصبه.

واعيد نظام الطوائف بموجب امر صادر في شهر أوت من ذلك العام، ثم قامت فيما بعد محاولة اخرى من وزير العدل المدعو ميرو منيل، الذي شكل في عام 1778 لجنة من الخبراء تحت اشرافه ووكل اليها مهمة وضع تقنين جديد للتجارة يقضي على نظام الطوائف، ويقرر حق الكافة في مباشرة التجارة والصناعة، غير أن محاولته هي الاخرى باءت بالفشل، نظرا للنفوذ القوى الذي كانت تتمتع به طائفة التجار.

ولما أن اندلعت الثورة الفرنسية في سنة 1789، تبنت المباديء التالية: وهي الحرية والمساواة والاخاء، ونتيجة لمثل هذه المباديء، أصبحت التجارة تمارس من طرف الكافة، ولم تعد حكراً على طائفة التجار، وبالتالي زالت طوائف التجار والصناع وكل الامتيازات التي كانوا يتمتعون بها، وقد تم هذا

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق – ص 5.

بمقتضى قانون صدر في 17 مارس 1791، تضمن حرية التجارة، أي أنه يحق لكل مواطن فرنسي ان يزاول مهنة التجارة دون قيد باستثناء دفع ضريبة خاصة للدولة، كما صدر قانون آخر في 17 يونيو 1791 يدعى تشريع شابوليي Chapelier الغى نظام الطوائف وحرم اعادة تكوينها. (1)

واذا كانت مبادىء الثورة الفرنسية والقوانين التي صدرت اثرها، قد سوت بين فئات المجتمع الفرنسي في ممارسة التجارة والصناعة، فإن الواقع اثبت غير ذلك، اذ في 1801 امر نابوليون، بتشكيل لجنة مكونة من سبعة اعضاء للقيام بتقنين احكام القانون التجاري، وهذا اثر وقوع أزمة اقتصادية خطيرة نتيجة تلاعب موردي عتاد الجيش الامبراطوري، وتسهيلهم تداول كميات كبيرة من الآوراق التجارية دون وجود مقابل وفاء جدي لها، الأمر الذي ادى الى تهديد البنك الفرنسي بالافلاس، وعندئد أمر نابوليون بالاسراع في وضع تقنين جديد للتجارة، فاعتمدت اللجنة المكلفة بوضعه على تقنين سافاري الذي كانت تسوده النزعة الطائفية البحثة، ونقلت منه معظم القواعد القانونية، ومنها نظام المحاكم التجارية التي تدعم التمييز بين فئات الشعب الفرنسي، كما حاولت هذه اللجنة من جهة أخرى أن تبتعد عن النزعة الطبقية تماشيا مع مبادىء الثورة الفرنسية فجاء ذلك في المادة الأولى التي جعلت من ممارسة الاعمال التجارية على وجه الاحتراف شرطاً لاكتساب القائم بها صفة التاجر، والمادة 631 التي لم تقصر، اختصاص المحاكم التجارية على المنازعات التي تقع بين التجار فحسب، بل تنظر ايضا في الاعمال التجارية التي تصدر من أي

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق- ص 5، وانظر ايضا حسين النوري المرجع السابق ص 8 وانظر ايضا سميحة القليوني المرجع السابق - ص 30، وانظر ايضا المرجع السابق محمد حسني عباس ص 13 وانظر ايضا على حسن يونس المرجع السابق - ص 27.

انسان كان، فترتب على هذا الوضع ان اصدرت هذه اللجنة قانوناً تجارياً (1) يحتوي على خليط من القواعد التي نقلت عن التقنين التجارة البرى الصادرة سنة 1673 يتميز بالطابع الطائفي، وقواعد حديثة منبثقة من المبادىء التي ارستها الثورة الفرنسية، مما ادى الى صعوبات مازالت قائمة الى اليوم، الأمر الذي جعل الفقيه Ripert يصف هذا القانون بأنه : "قانون يعيش في جو من الخلط واللبس(2) أما الاستاذ (3) Jauffret فيرى انه اذا قارنا القانون المدني بالقانون التجاري، فإن هذا الاخير يعد عملا رديئاً لأن واضعيه لم يتمكنوا من سن قواعده في لغة سليمة وواضحة مثل ما فعلوا في القانون المدني، كما أنهم لم يحتاطوا للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي وقعت في القرن التاسع عشر والتقدم الذي حدث في مختلف فروع العلوم والفنون.

---

(1) صدر القانون التجاري الفرنسي في 15 سبتمبر 1807 وبدأ العمل به ابتداءا من جانفي 1808.

(2) المرجع السابق - ص 54 RIPERT

(3) المرجع السابق ص 41 JAUFFRET

- 1 - سمات القانون التجاري في القرنين التاسع عشر والعشرون:

تميز القرن التاسع عشر بالثبات والاستقرار الاقتصادي في ظل النظام الرأسمالي الحر لفترة طويلة، اذ فتح المشرع الباب على مصراعيه للنشاط الفردي الحر في المجال التجاري، وساد مبدأ حرية التعاقد، كما يسرت الأمور أمام رؤوس الاموال الضخمة للاستثمار في البنوك مما ادى الامر الى ظهور انظمة جديدة تتمثل في شركات الاسهم وشركات المساهمة. وصارت هذه الشركات تمثل قوة اقتصادية هائلة، فنتج عن هذا الوضع الاقتصادي انذاك أن نشأت طبقة رأسمالية، لها تأثير مباشر على اقتصاديات الدولة وعلى طبقاتها الاجتماعية وابرز مثال على ذلك شركة الهند الشرقية التي بلغت حداً من النفوذ السياسي والاجتماعي ادى الى تدخل المشرع لوضع حد لطغيانها، وفي النصف الاخير من القرن التاسع عشر، ظهرت المباديء الاشتراكية التي نادت بضرورة تدخل الدولة لتحقيق العدالة الاجتماعية، ومن ثم تغير مفهوم التجارة وأصبح ينظر اليها على أنها نشاط حيوي يمس الاقتصاد الوطني بكامله، وبالتالي يجب الايترك تنظيمه للتجار، وإنما على الدولة أن تتدخل في تنظيمه، وتضع قيودا للحرية المطلقة التي كان يتمتع بها (1) التجار وفعلا اخذت جميع الدول بمبدأ التدخل، بالقدر الذي يتناسب وظروفها الاجتماعية والاقتصادية، وظهر اثر ذلك في القوانين وأهمها القانون التجاري مثل النصوص المتعلقة باشراك العمال في ادارة المشروعات التجارية وفي ارباحها وازداد تدخل الدول عن طريق توجيه الاقتصاد الوطني وفقا لخطط مرسومة ومحددة مقدماً واصبحت الدولة تتولى إحياناً القيام بالمشروعات الاقتصادية، واحيانًا اخرى تكتفي

---

(1) اكثم أمين الخولي المرجع السابق - ص - 25 و 26
وانظر ايضا سميحة القليوبي المرجع السابق - ص 13

بالاشراف عليها اشرافاً فعالاً يضمن لها تحقيق الخطة التي وضعتها ، وابرز مثال على تدخل الدولة في وقتنا الحاضر يتمثل في تأميم المشروعات، أو انشاء مشروعات عامة مهمتها القيام بالنشاط التجاري، وبهذا التدخل من طرف الدولة، اصبح الطابع التنظيمي هو الخاصة المميزة للمجال التجاري، وبعد أن ساد الطابع التعاقدي حقبة من الزمن والذي كانت ضحيته طوائف ليس لها من القوة والتنظيم مايكفل لها الصمود.

المتضمن القانون التجاري والمعدل أيضا بالأمر رقم 27/96 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق ل 9 ديسمبر سنة 1996 و إذا كان التشريع الجزائري



الفصل الثالث

مصادر القانون التجاري



ينص التقنين المدني الجزائري في مادته الأولى على مايلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها، واذا لم يوجد نص تشريعى حكم القاضي فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ويعتبر القانون المدني الشريعة العامة لحكم علاقات الافراد في المجتمع، ويتضح من نص المادة الأولى منه أن القانون هو الذي يعتبر المصدر الأول لحكم علاقات الافراد ثم يأتي حكم الشريعة الاسلامية كمصدر ثان لحكم هذه العلاقات في حالة انعدام النص القانوني ثم يأتي العرف أن وجد، وان لم يوجد رجع القاضي الى مقتضى مبادىء العدالة الطبيعية، وهذا معناه أن لحكم علاقات الأفراد مصادر شتى المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية، وفي الحياة التجارية يعود القاضي الى:

المبحث الأول

المصادر الرسمية وتتمثل في

1) التشريع

ويعود التشريع إلى القانون الصادر برقم 75 ـ 59 بتاريخ 26/ 1975/09 والمعدل المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 08 مؤرخ في 3 ذي العدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ـ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري والمعدل أيضا بالأمر رقم 27/96 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق لـ 9 ديسمبر سنة 1996 و إذا كان التشريع الجزائري جاء مستمدا معظم أحكامه من القانون الفرنسي، فإنه حاول أن يساير كل تطور وصل إليه الفقه الحديث مراعيا بذلك ظروف البيئة التي يعيش فيها التجار الجزائريون، وأبرز مثال على ذلك أن حاول محاربة الربا عن طريق تحريم الفوائد، بين الخواص، كما أنه أخذ بالنظريتين المادية والشخصية بقصد تحقيق المساواة بين مختلف فئات المجتمع ومنع قيام أي تميز بينهما على أسس واهية.

ولا يعتبر التقنين التجاري هو المصدر الوحيد لحكم العلاقات التجارية، بل يعتبر التتين المدني هو الآخر كمصدر بحكم هذه العلاقات بحالة انعدام النص النص في القانون التجاري، ذلك بأن القانون المدني يشتمل على المبادئ أو القواعد العامة التي يجب الرجوع اليها عند انعدام النص في علاقات القانون الخاص، وبجانب هذه التقنينات توجد تقنينات أخرى، كالتقنين المتعلق بالسجل التجاري، وبراءات الاختراع والعلامات التجارية الخ...

2 ـ العــرف:

لقد جاء أمر رقم 96-27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق لـــ 9 ديسمبر سنة 1996 والمتضمن تعديلا للقانون التجاري في مادته الأولى مكرر بما يلي: " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء.

يتضح لنا جليا أن هذا النص قد زعزع مكانة الشريعة الإسلامية إذ جعل عرف المهنة، التجارية يتقدمها لحكم علاقات التجار بعد ما كانت في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تأتي في الدرجة الثانية لحكم علاقات الأفراد؛ وبما أننا في مجال القانون التجاري وهو مجال خاص يقتضي الأمر منا تطبيق المبدأ القائل: الخاص يقيد العام.

لذا، فلا بد من الرجوع إلى الأحكام التي يقتضيها التشريع التجاري وتطبيق أحكامه أولا على العـــلاقات التي تتم بين التجار.

فإذا لم نجد فيه نصا، علينا بالرجوع الى أحكام القانون المدني والعرف الذي وضعهما المشرع كما يبدو من ظاهر النص في درجة واحدة.

والعرف هو عبارة عن تلك القواعد التي تنشأ من اعتياد الناس على عادات يتوارثونها جيلا عن جيل لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء .

والعرف كمصدر رسمي للقانون التجاري، هو المصدر الذي يستمد منه القاضي القواعد الواجبة التطبيق للفصل في الخصومات إذا لم يأت التشريع بحكم لها، ولا تتوقف حدود العرف عند المعاملات التجارية فحسب، بل تشمل كل المعاملات القانونية الأخرى سواء كانت ضمن القانون الخاص أو العام[1] . ويتكـــون العرف على مرحلتين: المرحلـــــة

1. محمد حسن عباس – المرجع السابق – ص 54 – وانظر أيضا علي حسن يونس المرجع السابق ص 37.

يبدأ كعادة ثم يتحول إلى قاعدة قانونية عرفية، في المرحلة الأولى يبدأ كعادة، ثم في مرحلة ثانية يتحول الى قاعدة قانونية عرفية نظرا لاعتقاد الناس بالزاميتها، ولا يوجد فاصل بين المرحلتين بل تتداخلان لأن العادة تصبح عرفا متى اشتملت على عنصر الإلزام الذي يميز العرف عن العادة، ومن أمثلة العرف التجاري، افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري إذا تعددوا. وهذا خلافا للقاعدة المدنية التي تقضي بأن التضامن لا يفترض، وأعذار المدين في المسائل التجارية بأي طريق أو شكل بدلا من أعذاره بالشكل الرسمي، وتخفيض الثمن بدلا من الفسخ عند تأخر البائع عن تسليم المبيع أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه ...الخ[1] .

وعلى الرغم من عجز العرف عن الاحتفاظ بمكانته السابقة بحيث أصبح يأتي في درجة أدنى من درجة التشريع، فإن هذا الأخير ليس كافيا بحيث يستطيع تلبية حاجات التجارة العصرية التي هي دائما في تطور مستمر2 لذا فهناك عدد من العمليات التجارية الهامة لازال يحكمها العرف كالبيوع البحرية والشيكات والحسابات الجارية والاعتمادات المستندية، بل تعاضمت أهمية العرف التجاري في بلد كإنجلترا إلى درجة أن المحاكم اضطرت إلى تطبيقه رغم عدم الشروط اللازمة لاعتماده من قواعد الشريعة العامة THE COMMUN LAW[3]

1- أحمد محرز المرجع السابق – ص 37 .

2- المرجع السابق – ص 22 و 23 . Ripert

3- محمد فريد العريني المرجع السابق ص 75 وانظر أيضا أكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 57 .

و العرف مهما بلغت مكانته لا يستطيع أن يخالف النصوص التجارية الآمرة، فإذا خالفها وجب استبعاده، كما أنه يختلف عن العادة التجارية L'usage commercial فهذه الأخيرة تعتمد أساسا في إلزامها على رضا المتعاقدين رضاءًا صريحا أو ضمنيا .

إذن فالعادة تستمد قوتها الملزمة عن عنصر خارجي عنها وهو إرادة المتعاقدين لهذا تسمى بالعادة الاتفاقية L'usage conventionnel[1]، وهي اعتياد الأفراد على إدراج شروط معينة في تعهداتهم التجارية بحيث تصبح هذه الشروط ضمنية في مثل هذه التعهدات دون النص عليها صراحة، ولكن إذا اتضح أن أطراف التعاقد على غير علم بهذه الشروط (أي العادة الاتفاقية) فإن هذه الأخيرة لا تطبق، كما لا يفترض علم القاضي بها إلا إذا تمسك بها الأطراف لأنها تعد مجرد واقعة مادية [2] .

وقد تنقلب العادة إلى عرف تجاري إذا ما درج الناس على إتباعها وشعروا بأنها أصبحت تتمتع بقوة إلزامية .

هذا و يختلف العرف عن العادة الاتفاقية في أن تطبيق قواعده يأخذ حكم تطبيق القانون، وبالتالي تخضع رقابته لمحكمة النقض على خلاف العادة الاتفاقية التي يعتبر تطبيقها من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، فضلا عن أن للقاضي أن يحكم بما يقضي به العرف من تلقاء نفسه إذا كان له به علم على خلاف العادة الاتفاقية التي لا يقضي بها إلا إذا اتجهت نية الأطراف إلى تطبيقها[3]

1- سميحة القليوبي المرجع السابق ـ ص 34
2- محمد فريد العريني المرجع السابق ـ ص 32
3- سميحة القليوبي المرجع السابق ـ ص 34 و 35 .

3 ـ الشريعة الإسلامية:

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الثاني لحكم علاقات الأفراد في المجتمع الجزائري وتمثل هذه الشريعة الإرادة. الإلاهية (1) كما وردت في القرآن الكريم وفي سنة رسول الله ﷺ سواء كانت تقريرية أو فعلية، أو قولية، فالسنة تعبير عن الإرادة الإلاهية وقد جاءت لتكمل الأحكام الواردة في الكتاب. فهي التي فصلت ما أجمل منها وهي التي خصصت ما أطلق من نصوصه، وهي التي وضعت لنا القواعد فيما لم يرد فيه نص قرآني جانب طريق القياس والاجتهاد والنظر.

المبحث الثاني :

المصادر التفسيرية

لاتقتصر مصادر القانون التجاري على المصادر الرسمية فحسب، بل هناك ايضا المصادر التفسيرية ويقصد بها المصادر التي يتمتع القاضي ازاءها بسلطة اختيارية ان شاء رجع اليها للبحث عن حل النزاع المطروح أمامه دون أن يلزم باتباعها فهي اذن عبارة عن مصادر اختيارية يستأنس بها القاضي لايجاد الحلول وتتمثل هذه في :-

المطلب الأول ـ القضاء:

ولايقصد بالقضاء الهيئة المنوط بها الفصل في المنازعات والمتمثلة في المحاكم Les Juridictions ، وإنما هو مجموع المبادىء القانونية التي تستخلص من استقرار احكام المحاكم على اتباعها والحكم بها.

ويحتل القضاء في الدول الانجلوامريكية مركزاً هاماً اذ يعد بمثابة المصدر الرسمي كالتشريع، اذ يستمد النظام في هذه الدول الى فكرة السابقة القضائية ومفادها أن الجهات القضائية تلتزم بنفس الحكم السابق في نزاع مشابه له، الأمر الذي يحتم على كل محكمة أن تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة، وتتقيد هذه الاخيرة بما سبق أن اصدرته هي نفسها من أحكام، مما يجعل للحكم القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشيء من قاعدة قانونية، فلا يجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل، أما في الدول اللاتينية كفرنسا مثلا والدول التي تتبع منهجها كمصر والجزائر، فإن القضاء فيها يعتبر مجرد مصدر تفسيري، بحيث يكون للقاضي الاستئناس بالاحكام السابقة حتى يستخلص القاعدة القانونية التي

يطبقها على النزاع المطروح امامه، ويرجع الفضل للقضاء في استخلاص عدة قواعد تجارية كالقواعد الخاصة بعمليات البنوك، ونظرية الشركة الفعلية. ونظرية الاعمال التجارية بالتبعية التي توسع فيها القضاء والافلاس الفعلي الخ...

واذا كان مركز القضاء في الدول اللاتينية مركزاً استئناسيا ، فإن مرتبته لاتقل عن مرتبة القانون، إذ كما يقول الاستاذ PLANIOL" القضاء هو الشكل الحي للقانون" بمعنى ان القانون يستمد حياته وحيويته المتجددة من القضاء بتطبيقه وتفسيره على نحو يجعله يتماشى مع الواقع الذي يخضعه لاحكامه.

المطلب الثاني - الفقـــه:

يقصد بالفقه اراء الفقهاء والنظريات التي استخلصوها من القواعد القانونية عند تفسيرها لها ، غير أن الفقه لايعتبر مصدراً رسمياً للقانون التجاري بل مصدر تفسير له، وقد ساعد الفقه على تطوير القانون التجاري عن طريق نقد الحلول القانونية والقضائية وابراز المزايا التي تتميز بها ، واظهار النقائص والعيوب فهو اذن يوجه بذلك القضاء والتشريع.

الفصل الرابع

نطاق القانون التجاري وأهمية التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

المبحث الأول:

نطاق القانون التجاري:

اختلفت الأراء الفقهية حول نطاق القانون التجاري، مما ادى الأمر الى طرح السؤال التالي: هل القانون التجاري يعد قانوناً خاصاً بالتجار، أو أنه قانوناً خاصاً بالأعمال التجارية، وانحصرت هذه الاراء في نظريتين شهيرتين: النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

المطلب لأول: النظرية الموضوعية أو المادية:

ترى هذه النظرية، ان نطاق القانون التجاري تنحصر دائرته في الأعمال التجارية(1) فتعتبر هذه الأخيرة هي الأساس والدعامة التي يقوم عليها هذا القانون، بحيث اذا قام شخص بعمل تجاري، فإن هذا العمل يخضع للقانون التجاري سواء كان القائم به تاجر أو غير تاجر، واستندت هذه النظرية الى حجتين: الأولى سياسة، فاعتبرت أن الأساس المادي الذي يقوم عليه القانون التجاري، هو الذي يحقق مبدأ المساواة أمام القانون والذي ارست دعائمه الثورة الفرنسية.

والحجة الثانية: تاريخية وقانونية وترجع هذه الى المشرع الفرنسي الذي اشار الى الأعمال التجارية في نصوص المواد 1 و 631 و 632 من التقنين

---

(1) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 8 - وانظر ايضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 20.

التجاري الصادر عام 1807، والذي كان يرمي الى وضع نظرية عامة للعمل التجاري، حتى لا تبقى هذه الأعمال قاصرة على طائفة معينة من الأشخاص، وهي طائفة التجار.

المطلب الثاني: النظرية الشخصية:

ترى هذه النظرية، ان القانون التجاري لايطبق الا على التجار (1)، فأساس القانون التجاري هو التاجر، بحيث لو قام شخص غير تاجر بعمل من طبيعة تجارية، فإن هذا العمل يخرج عن نطاق أو دائرة القانون التجاري، واستندت هذه النظرية الى ثلاث حجج: الأولى سياسية: ومفادها أن مبدأ المساواة أمام القانون لايمنع من وجود قوانين ذات طابع مهني، طالما كان الانضمام لهذه المهن يحكمه مبدأ الحرية. والثانية تاريخية: ومفادها أن نظرية العمل التجاري التي أقام منها البعض، أساسا للقانون التجاري ليست الا بدعة صنعها بعض فقهاء القرن 19 وامثال بارديسيس PARDESSUS- ديلامار DELAMARRRE ليبوتفان LEPOITEVIN، لاتثبت قصد المشرع، لايوعيدها تاريخ ذلك القانون، والحجة الثالثة قانونية: ومؤداها أن غالبية الأحكام التي قررها التقنين الجديد لا تجد تبريراً لها الا في فكرة المهنة التجارية، كالاحكام الخاصة بالقيد في السجل التجاري، وامساك الدفاتر التجارية، وشهر النظام المالي للزواج والافلاس الخ ... بل أنه حتى في نطاق الأعمال التجارية يوجد العديد من الأعمال التي لا تكتسب هذه الصفة، إلا إذا بوشرت على سبيل الحرفة كالصناعة والوكالة بالعمولة ومكاتب الاعمال أو ارتبطت بمباشرة المهنة التجارية بالتبعية.

---

(1) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 8 - 9 وانظر ايضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص18

المبحث الثاني:

أهمية التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني:

قبل التعرض لدراسة الأعمال التجارية، يجدر بنا أن نميز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، نظرا للفروق الموجودة بينهما، وتظهر هذه الفروق في عدة نواح منها:

المطلب الأول: الاختصاص:

ان الدول التي اخذت بقانون تجاري مستقل الى جانب القانون المدني اعتنقت في المجال القضائي مبدأ تخصيص قضاء خاص، يختص بالنظر في المنازعات التجارية فقط وتأتي فرنسا على رأس هذه الدول (1)، فقد اخذت بمبدأ التخصيص سنة 1807 اذ افردت بابا لتنظيم المحاكم القنصلية وتحديد مجال اختصاصها، ويقضى مبدأ التخصيص بأنه في حالة ما اذا رفع نزاع مدني أمام المحاكم التجارية، جاز الدفع بعدم الاختصاص بل أن لهذه المحاكم أن تقضى به من تلقاء نفسها، ذلك لأن قواعد الاختصاص في هذا الصدد قواعد نوعية تدخل في إطار النظام العام للدولة.

ونشير الى أن الجزائر رغم اعتنقاها لقانون تجاري مستقل، فإنها في مجال القضاء تبنت وحدة القضاء بدلا من مبدأ التخصيص، وهذا يرجع الى المباديء التي تأخذ بها الجزائر والمتمثلة في مساواة الكافة أمام القانون والالتجاء الى قضاء واحد، هذا ما يستخلص من نص المادة الأولى من قانون الاجراءات

(1) أنظر سميحة القليوبي المرجع السابق - ص 51 - وأنظر أيضا أحمد محرز المرجع السابق ص 50، وأنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 48.

المدنية، الصادر في 08 يونيو سنة 1966، والذي يقضى بما يلي: "ان المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوي الشركات التي تختص بها محليا."

لكن يلاحظ وجود دوائر يخصص فيها الفصل في المنازعات التجارية داخل المحاكم والمجالس القضائية، غير أن هذا التخصيص يعد من قبل الأعمال الادارية البحتة ولايدخل في التخصيص القضائي، وعليه فإذا عرض نزاع تجاري على دائرة مدنية فلا يجوز الدفع بعدم الاختصاص، هذا فيما يتعلق بالاختصاص النوعي، أما فيما يتعلق بالاختصاص المحلي فإن المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري، تقضى بالاختصاص العام أي تطبيق القاعدة الاصلية في مجال التقاضي الذي يرجع الاختصاص لمحكمة موطن المدعي عليه وتؤكد المادة 9 من نفس القانون على هذا الاختصاص، ويرجع أصل القاعدة الى المبدأ الذي يقضى بأن الدين مطلوب وليس محمولا، إذن يستطيع التاجر أن يرفع دعواه أمام محكمة موطن المدعي عليه، ويعتبر بمثابة موطن للمدعى عليه بجانب موطنه الاصلي المكان الذي يباشر فيه تجارته، ولا يقتصر حق المدعي في رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعي عليه فحسب، بل يتعدى ذلك بحيث يكون له الخيار في رفع دعواه أمام المحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فيها كأن يتم في دائرتها ابرام عقد بيع سلعة معينة، ويقوم البائع بتسليم تلك السلعة أو جزء منها، أو يقوم المشتري بدفع الثمن أو جزء منه، ويشترط لانعقاد الاختصاص لهذه المحكمة أن يكون الاتفاق والتنفيذ الكلي أو الجزئي قد تم فعلا في دائرتها، إذ لا يجوز فصل احدهما عن الاخر، وفضلا عن ذلك يجوز ايضا للمدعى أن يرفع دعواه أمام المحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق على تنفيذ الالتزام، كان يتفق المتعاقدان على أن يتم تسليم البضاعة في مكان معين.

ونشير إلى أن هذه الاحكام لاتسرى على بعض المسائل التجارية كاالافلاس والتسوية القضائية، والدعاوى المرفوعة ضد الشركات أو دعاوي الايجارات المتعلقة بالعقار إذا ما كانت تجارية اذ تخضع لأحكام خاصة بها هذا ما جاء في نص المادة 9 و 7 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرية، الذي يقضى بمايلي: "وفي الدعاوي التجارية، غير الافلاس والتسوية القضائية، يرفع الطلب، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد وتسليم "البضاعة"، وأمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها."

المطلب الثاني: الاثبات:

تنص المادة 333 من التقنين المدني الجزائري على مايلي: "في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده وانقضائه مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

ان صريح هذه المادة يقيد الاثبات في المجال المدني كلما زادت قيمة الالتزام عن 1000 دج، أو كانت قيمته غير محددة، ويعود ذلك الى ثبات واستقرار الحياة المدنية فيضع المشرع قيوداً بقصد اعطاء المتعاقد فرصة للتريث والتفكير قبل الاقدام على العمل المراد تحقيقه.

وتأتي المادة 328 و334 من التقنين المدني الجزائري لتأكد هذه القيود اذ تنص المادة 328 على مايلي: " لايكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت".

أما المادة 334 فتنص على مايلي: "لا يجوز الاثبات بالبينة، ولو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائري، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل مضمون عقد رسمي".

أما في المسائل التجارية، فقد أطلق المشرع حرية، الإثبات، بحيث تجوز البينة أو القرائن مهما كانت قيمة الالتزام التجاري المراد إثباته بدليل ما جاء في المادة 30 من القانون التجاري والتي تنص على ما يلي: "يثبت كل عقد تجاري::

1. بسندات رسمية
2. بسندات عرفية
3. فاتورة مقبولة
4. بالرسائل
5. بدفاتر الطرفين
6. بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها."

ويجوز الاحتجاج بالأوراق العرفية في المسائل التجارية على الغير حتى لو لم تكن ثابتة التاريخ، ولا يحتج في المسائل التجارية بقاعدة عدم جواز إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة ما لم يشترط القانون في حالات خاصة ضرورة كتابة العقد كما هي الحال في عقود الشركات، كما يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية في الإثبات لمصلحته وذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بأنه يجوز للشخص أن ينشئ، دليلا لنفسه والعكس جائز[1] أيضا إذ يستطيع خصم التاجر أن يستند إلى دفاتر هذا الأخير في الإثبات لمصلحته وذلك عن طريق إجبار التاجر على تقديمها للقضاء حتى يطلع عليها، وهذا يعد بمثابة استثناء يرد على القاعدة العامة التي تقضي بعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

كل هذه القواعد توضح لنا اختلاف الإثبات في المجال المدني عنه في المجال التجاري فقواعد الإثبات في هذا الأخير يسيرة لا تتصف بأي تعقيد، بل تتصف بالحرية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن التجارة تقوم على دعامة السرعة، فتكرار العقود والصفقات التي يبرمها التاجر، يجعل من غير اليسير عليه إن يعد مقدما محررات الإثبات لكل عقد يبرمه.

---

1) أنظر بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر - 1981 . ص 166 و 217. انظر كذلك حسين النوري - ص 11 . وأنظر أيضا، أحمد محرز- ص 49 .

المطلب الثالث: الاعذار:

ومفاده (1) ان الدائن يقوم بتوجيه انذار للمدين حتى يوفى ما عليه من التزام، ويسجل على المدين التأخر في الوفاء، إذ من يوم الاعذار يبدأ سريان الفوائد بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام الفوائد القانونية.

أما في الجزائر فإن نص المادة 454 من التقنين المدني يحرم مثل هذه الفوائد اذ هي تقضى بما يلي: - "القرض بين الافراد يكون دائماً بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك".

والاعذار في ياالاعمال المدنية، لابد أن يتم بورقة رسمية بواسطة اعوان القضاء أما في الاعمال التجارية، فقد جرى العرف على أن يتم الاعذار بخطاب عادي أو ببرقية دون الالتجاء الى الاوراق الرسمية.

المطلب الرابع: المهلة القضائية أو نظرة الميسرة:

اذا حل أجل الدين، وعجز المدين عن الوفاء به، فالقواعد العامة تقضى بأن للقاضي أن يمنح المدين اجلا لتنفيذ التزامه اذا رأى ذلك ممكنا، بشرط الا يسبب مد أجل الوفاء ضرراً جسيماً للدائن، أما في الأعمال التجارية فلا يجوز للقاضي، أن يمنح مثل هذه المهلة لان حلول أجل الدين له أهمية كبيرة في الميدان التجاري، فلو تأخر ميعاد الدين، فقد يسبب للدائن ضررا، كتفويت فرصة الربح عليه، أو قد يكون هذا سبباً في التأخر للوفاء بديونه التجارية مما قد يعرضه لشهر افلاسه. (2)

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 57

(2) حسين النوري المرجع السابق- ص 12

وأنظر أيضا القليوبي المرجع السابق - ص 52 و 53.

المطلب الخامس: التضامن:

قد يتعدد المدينون بالالتزام، فإذا كنا بصدد أعمال مدنية فإن المادة 217 من التقنين المدني الجزائري تنص على مايلي: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لايفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

أي أن التضامن في المجال المدني لايفترض الا باتفاق أو بنص قانوني.

أما إذا انتقلنا إلى الاعمال التجارية، فنجد أن التضامن يفترض بين المدينين لان المادة 551 من التقنين التجاري الجزائري تنص على مايلي: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر، وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة". فاستناداً الى هذا النص يستطيع التاجر أن يرجع على أي مدين في الالتزام التجاري وأن يطالبه بكل الدين محل الالتزام، ولايستطيع المدين أن يدفع في مواجهة التاجر بالرجوع أولا على المدينين الاخرين، كما لا يمكن نفي التضامن في الاعمال التجارية الابشرط في العقد أو بنص قانوني.

المطلب السادس : صفة التاجر:

تنص المادة الأولى من التقنين التجاري الجزائري على أنه: "يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ويتخذه جرفة معتادة له". وهذا على خلاف القائم بالاعمال المدنية فإنه لايكتسب صفة التاجر، ويمكن اثبات صفة التاجر بكافة طرق الاثبات، ولقاضي الموضوع سلطة استنباط القرائن الدالة عليها، ويترتب على أكتساب صفة التاجر نتائج قانونية هامة، إذ يخضع التاجر لالتزامات معينة، لا يخضع لها الرجل العادي، مثل التزامه بامساك الدفاتر التجارية، والقيد في السجل التجاري، وشهر افلاسه عند توقفه عن الوفاء بديونه التجارية الى غير ذلك من الاحكام الخاصة بالتجار (1).

---

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق - ص 55.

المطلب السابع: الفوائد القانونية:

في حالة ما إذا تأخر المدين عن الوفاء بالتزاماته في الاجل المحدد لها، يبدأ سريان الفوائد القانونية نتيجة هذا التأخر، ويقع على المدين التاجر عبء الالتزام بتعويض الدائن عن التأخير الذي يتسبب فيه وهو تفويت فرصة الربح على الدائن التاجر.

ويختلف سعر الفائدة في المسائل المدنية بحيث يقدر بـ 04٪، بينما من المسائل التجارية فيقدر بـ 05٪، هذا ما تأخذ به بعض الدول مثل فرنسا، وتقوم هذه التفرقة على أساس أن النقود في الميدان التجاري سريعة الاستثمار، الامر الذي ينشيء ضررا اكبر من الضررر الذي قد يحدد في المجال المدني، كما تقضى القاعدة العامة بأنه لايجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد.. وعدم تجاوز مجتموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن لرأس المال، الا أنه يجوز في المجال التجاري تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وان يزيد مجموع الفوائد على رأس المال، وتسري الفوائد المدنية من تاريخ المطالبة القضائية، أما الفوائد التجارية من التاريخ الذي يقضى به العرف أو النص التشريعي (1).

وإذا كان الأمر على هذه الحال في الكثير من الدول التي تأخذ باستقلالية القانون التجاري، فان الوضع في الجزائر يختلف، اذ أن المشرع الجزائري حرم تقاضي الفوائد بنص في القانون، اذ تعتبر بمثابة ربا (2).

والربا محرم في حكم الشريعة الاسلامية باعتبار أن الجزائر تدين بالدين الاسلامي والملاحظ على هذه الميزة التي تتسم بها الأعمال التجارية، أنها عبارة

---

(1) حسين النوري المرجع السابق - ص 13 - وانظر ايضا محمد فريد العريبي المرجع السابق ص - 56 - 57.

(2) المادة 454 من التقنين المدنى الجزائري تنص على مايلي: «القرض بين الافراد يكون بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.....

عن اثر من الأثر البالية والموروثة عن الكنسية المسحية التي منحت فرصة للمرابين اليهود لاستثمار أموالهم مقابل فوائد يدفعها لهم المقترضون.

المطلب الثامن: النفاذ المعجل:

النفاذ المعجل يقتضي تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية أو رغم حصول الطعن فيه بأحدى هذه الطرق، وتقضي القاعدة العامة بأن الاحكام لأتقبل التنفيذ الا إذا أصبحت نهائية، أي حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، ولا يجوز النفاذ المعجل فيها الا في حالات استثنائية، بينما في المجال التجاري تكون الاحكام دائما مشمولة بالنفاذ المعجل حتى لو كانت قابلة الاستئناف أو المعارضة، أي يجوز تنفيذها قبل أن تصبح أحكاما نهائية. (1)

(1) حسن النوري المرجع السابق - ص 12
وأنظر أيضًا سميحة القليوني المرجع السابق - ص 56.

الأعمال التجارية الموضوعية

المقاولات:	**الأعمال التجارية المنفردة:**
لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا وقعت في شكل مشروع أو مقاولة **مثال:** مقاولة النقل مقاولة التأمين....	ـ وهذه تكتسب الصفة التجارية ولو وقعت مرة واحدة **مثال:** الشراء من أجل البيع أعمال البنوك....

الباب الأول

الأعمال التجارية الموضوعية

الفصل الأول

الأعمال التجارية المنفردة والمقاولات



تشمل الاعمال التجارية بحسب موضوعها طائفتين من الأعمال: طائفة الأعمال التجارية المنفردة، التي يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها، بحيث تعد تجارية حتى لو باشرها الشخص مرة واحدة، والطائفة الثانية هي طائفة الأعمال التجارية بطريق المقاولة، وقد ورد ذكر هذه الأعمال في نص المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري والملاحظ في هذا النص أنه قد أخذ من نص المادة 632 من التقنين التجاري الفرنسي الذي يصعب تفسيره نظرا لقدمه، اذ لم يطرأ عليه أي تغيير جذري منذ 1807، أي منذ تقنين القانون التجاري لأول مرة في فرنسا، باستثناء صدور قانونين الأول في 07 جوان 1894 والثاني في 13 جويلية 1961، والذي قام بادماج العقارات في القانون التجاري، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ينحصر في السرد الذي جاء به المشرع التجاري للأعمال التجارية، فهل تعتبر هذه الأعمال، قد جاءت على سبيل الحصر أو جاء على سبيل المثال؟

لو رجعنا إلى فقهاء القرن التاسع عشر (1) لوجدنا أنهم كانوا يرون أن هذا التعداد أو السرد الذي تضمنه نص المادة 632 من التقنين التجاري الفرنسي قد جاء على سبيل الحصر على أساس أن القانون التجاري هو قانون استثنائي، لا يجوز ان نمد مجاله خارج الحدود التي رسمها له القانون، غير ان فقهاء القرن العشرين رأوا أن هذا التعداد جاء على سبيل المثال، وأن على المفسرين ان يختاروا الانشطة أو الأعمال العصرية التي يمكن ان تدخل في اطار القانون التجاري، أي بمعنى آخر، أن المشرع التجاري قد فتح على مصراعيه باب الاجتهاد والقياس لاثبات الأعمال التي تعد بمثابة أعمال تجارية، كمثل مؤسسات

---

(1)- Juris - Classeur - Droit Commerial Fasc. 403

Jauffret. وأنظر أيضًا المرجع السابق - ص 222.

البناء ، أو الامن البري أو توزيع الغاز والكهرباء، أو مؤسسات العيادات أو الفنادق....الخ.

وعلى ذلك فيمكن القول بأن نص المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري قد اورد تعدادا للأعمال التجارية على سبيل المثال فحسب، ومن بين هذه الأعمال.

المبحث الأول:

الشراء من أجل البيع:

لكي يعتبر الشراء بقصد البيع عملا تجاريا لابد من توافر عدة عمليات منها:

1) **الشراء:**

وفي هذا الصدد يؤخذ الشراء بمعناه الواسع، فيشمل كل تملك بمقابل سواء كان المقابل مبلغا معينا من النقود أو عينا، كما هي الحال في المقايضة، فاذا تم تملك المنقول أو العقار بغير مقابل كما في الهبة أو الوصية أو الارث. (1) فان بيعه بعد ذلك لا يعتبر عملا تجاريا حتى ولو كان التملك تصحبه نية البيع، لذا فيجب ان تسبق البيع عملية الشراء بمقابل، واستنادا إلى هذا، فان هناك أعمالا أو بالاحرى بيوعا كثيرة تخرج عن نطاق الاعمال التجارية نظرا لعدم اقترانها بالشراء(2)، ومثالها الانتاج الزراعي، فقد جرى العرف على استبعاد الزراعة وكل ما يتعلق بها من انتاج عن نطاق القانون التجاري ولذا فبيع المزارع لمحصولاته الزراعية يعد عملا مدنيا، لان بيع المحصولات الزراعية لم يسبقه شراء، إذ يبيع المزارع ثمرة انتاجه، وفي هذا الصدد يقول الاستاذ ريبير RIPERT «أن الاستغلال الزراعي سابق في ظهوره على الاستغلال التجاري، ومن أجل الاستغلال الزراعي وجد القانون المدني، لذلك لا يمكن نزعه من هذا النطاق، فضلا عن أن المزارعين يكونون طبقة اجتماعية Une Classe Sociale منفصلة عن التجار بحكم عاداتها وتقاليدها». (3)

---

(1) حسين النوري المرجع السابق - ص 19. وأنظر ايضا محمد حسني عباس المرجع السابق - ص 112.

(2) أكثم أمين الخولي - ص 93 بند 78 وأنظر كذلك على حسن يونس المرجع السابق - ص 64.

(3) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 16. وأنظر أيضًا حسين النوري المرجع السابق - ص 20.

غير أن هذا الاستبعاد (1)، إذا كان له ما يبرره بالنسبة للاستغلال الزراعي الصغير الذي يسير بطرق بدائية، فأن هذا التبرير يضعف بعد ظهور المشروعات الزراعية الكبيرة التي تلجأ إلى الأساليب والطرق التجارية كاستخدام طرق المحاسبة الحديثة والحصول على الائتمان من البنوك والاستعانة بالوسائل التجارية في توزيع المحصولات كالاعلان في الصحف، وارسال النشرات والكتالوجات، لذا نادي بعض الفقه بضرورة ادخال.الزراعة في المجال التجاري، لان مثل هذا الحل من شأنه أن: «يحقق مصلحة المزارعين انفسهم، إذ يقوى ائتمانهم، ويضمن سير نشاطهم على نهج سليم، وإذا كان الاستغلال الزراعي يعد عملا تجاريا إذا ما استغل بشكل كبير، فان نفس الحكم يسرى على استثمار الغابات والملاحات والمياه المعدنية والمحاجر، والمناجم هذا مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 2 فقرة 7 من التقنين التجاري: «على أنه يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المنابع السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى. (2)

الأعمال الذهنية و الفنية: وتتمثل هذه في الانتاج الفكري والادبي والفني الذي يقدمه كل من الاديب والمؤلف والفنان والرسام، وبالتالي تعتبر اعمالا مدنية لانها لم تسبقها عملية الشراء والربح الذي يحصل عليه المؤلف أو الفنان ما هو الامكافأة في مقابل اتعابه ولا يعد ربحا، وإذا ما صاحبت الأعمال الذهنية بعض الأعمال التجارية الضرورية لبيع انتاج المؤلف كشراء الاوراق لبيع المؤلفات أو شراء الادوات اللازمة للرسم، فإن هذه الاعمال تعتبر ثانوية وليس لها أهمية تذكر بالنسبة للعمل الذهني الذي يقدم، غير أن كل من يقوم بالوساطة لبيع هذه الأعمال، يعد عمله تجاريا كدور النشر أو دور العرض فهذه الدور تقوم على جني الربح،

---

(1) محمد حسني عباس المرجع السابق - ص 113، وأنظر أيضًا علي حسن يونس المرجع السابق. ص 64

(2) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 78.

فضلا عن أن اعمالها يتوافر فيها المعيار المتمثل في الشراء بقصد البيع، أما بالنسبة لأصدار الصحف والمجلات فقد جرى القضاء الفرنسي على التمييز بين ماإذا كان اصدار الصحيفة أو المجلة يرمي إلى جني الربح أولا، فإذا كان الاصدار يهدف إلى المضاربة والوساطة في تداول الافكار، فان، هذه الأعمال تعتبر من قبيل الاعمال التجارية، أما إذا كان غرض المجلة أو الصحيفة ينحصر في نشر افكار سياسية أو أدبية أو اجتماعية أو صحية الخ... فان اصدارها يعد عملا مدنيا، حتى لو قامت بنشر اعلانات طالما كان نشر الاعلانات يعد عملا ثانويا بالنسبة للغرض الرئيسي للصحيفة أو المجلة.(1)

المهمن الحرة: تتميز هذه المهن الحره بخصيتين اساسيتين: الأولى انها تعد عملا ذهنيا والثانية هي أن الغرض منها لا ينحصر في جني الربح، ومثال هذه المهن، المحاماة، المحاسبة، الطب، التعليم،(2) الهندسة الخ.....

فالنشاط الذي يقوم به اصحاب المهن الحرة لايعد من قبيل الأعمال التجارية، لأن هؤلاء يقومون باستثمار ملكاتهم الفكرية، وما اكتسبوه من علم وخبرة وفن مقابل الخدمات التي يقدمونها، فضلا عن أنها تقوم على الثقة الشخصية بين من يباشرها وبين عملائه.

وعلى هذا فان التزام الطبيب بالعلاج والتزام المحامي بالمرافعة يعد من الالتزامات المدنية، ولكن إذا اقترنت ممارسة المهن الحرة ببعض الأعمال التجارية كالشراء لأجل البيع فيظل لهذه الأعمال الطابع المدني إذا كانت ضرورية لممارسة المهن الحرة، أما إذا كانت غير لازمة لممارستها فتأخذ الطابع التجاري، ولقد

---

(1) أنظر حسين عباس المرجع السابق - ص 107، وأنظر أيضًا حسين النوري المرجع السابق - ص 4.24

(2) la chambre commerciale de la cour de cossation a jugé que le dirigeant d'une auto-école, dés lors qu'il donne personnelement des leçons de conduite et de code de la route ne se livrait pas à l'accomplissement d'acte de commerce. com, 3 juin 1986, R.C.

اعتبر قيام طبيب الاسنان ببيع الوسائل اللازمة لعلاج مرضاه من قبيل الأعمال المدنية، لأن هذا البيع يعد ضروريا لمهنة طبيب الأسنان، أما مهنة الصيدلة فلقد اعتبرها القضاء الفرنسي من ضمن الأعمال التجارية لأن نشاط الصيدلي ينحصر في شراء الادوية وبيعها.

2) ورود الشراء على منقول أو عقار:

لكي يعد الشراء لأجل البيع عملا تجاريا يستوي أن يقع الشراء على منقول أو على عقار، وأن كانت بعض التشريعات تقصر الشراء على المنقول فحسب دون العقارات وتستبعد هذه الاخيرة من مجال القانون التجاري استنادا إلى القاعدة التقليدية التي تقضي بأن:

«القانون التجاري، قانون المنقولات، والقانون المدني، قانون العقارات»، وتقوم هذه القاعدة على أساس أن العقارات لاتتسم طبيعتها بروح السرعة والتبسيط التي يقوم عليها القانون التجاري، غير أن المشرع الجزائريساير التطور الاقتصادي الحديث، فادخل العقارات في القانون التجاري نظرا لكون هذه الأخيرة أصبحت تشكل مضاربات عقارية ذات أهمية بالغة إذ تتم حاليا برأس مال كبير، الامر الذي يجعلها تحتاج إلى ائتمان كبير، بحيث لو اخذنا بمدنيتها لحرم الغير الذي يتعامل مع القائمين بها من ضمانات القانون التجاري، ومن اهمها اشهار افلاس هؤلاء المضاربين. (1)

أذن، فلكي يعد العمل تجاريا يحب أن يقع الشراء على منقول أو على عقار بقصد اعادة بيعه.

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 83، وأنظر أيضًا حسين النوري المرجع السابق - ص 25 و 26.

ويعرف المنقول بأنه كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف لأنه شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت، (1) وقد يكون المنقول ماديا كالبضائع والسلع، وقد يكون معنويا كبراءات الاختراع، والعلامات التجارية والصكوك، وقد يكون منقولا بحسب المآل كشراء المحصولات والثمار قبل جنيها، أما العقار فهو الشيء الثابت المستقر بحيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى آخر، و ورود الشراء على العقار يقصد به شراء الحق العقاري ذاته كالملكية، أما استئجار العقار بقصد اعادة تأجيره، فلا يعتبر واردا على عقار لإنه ينصب على المنفعة وهي منقولا، وتعتبر عملا تجاريا. (2)

3 ـ قصد البيع:

لكي يعتبر العمل تجاريا، يجب أن يكون شراء المنقول أو العقار بقصد اعادة بيعه ويجب أن تتوافر نية البيع أثناء عملية الشراء، اذلو قام المشتري بالشراء بقصد الاستعمال الشخصي أو لاستهلاكه، ثم بعدها قام ببيعه لسبب ما، فان هذا الشراء لايعتبر عملا تجاريا رغم ما يتبعه من عمليه البيع، بل ولو حقق وراء ذلك ربحا كبيرا، (3) كما إذا توافرت نية البيع اثناء الشراء، فان العمل يعتبر تجاريا ولو عدل المشتري عن بيعه كان يحتفظ بشراء المنقول أو العقار لنفسه، أما إذا لم تتوافر نية البيع اثناء الشراء فان العمل يعتبر مدنيا، ولقد جرت العادة على أن يسبق الشراء البيع، ولكن قد يحدث العكس احيانا كأن يبيع المضارب البضاعة عند ارتفاع سعرها، ويقوم بشرائها فيما بعد عند انخفاض سعرها، ويستوي ان يباع المنقول أو العقار بالصورة التي اشترى بها أو بعد تهيئته بهيئة أخرى.

---

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 8 حق الملكية، دار احياء التراث العربي ببيروت ـ ص 14 بند 5.

(2) أحمد محرز المرجع السابق - ص 62.

(3) سميحة القليوني المرجع السابق - ص 66، وأنظر أيضًا حين يونس المرجع السابق - ص 76.

ويقع عبء اثبات البيع على من يدعي تجارية الشراء ويتم ذلك بكافة طرق الأثبات بما فيها البينة والقرائن، ويكون الأمر ميسورا إذا ما وقع الشراء من تاجر، وكان موضوع الشراء سلعة من السلع التي يتجر فيها عادة، إذ توجد قرينة على أن شراء السلعة كان بقصد البيع، غير أن هذه القرينة بسيطة يمكن دحضها واثبات عكسها، وعلى كل فان نية البيع يمكن ان تستنتج من الظروف المحيطة بالتصرف، مثال ذلك أن تكون الكميات المشتراة كبيرة بحيث تفوق حاجة الاستهلاك الشخصي. (1)

4 ـ نية تحقيق الربح:

لقد اثير خلاف فقهي حول اشتراط نية الربح من العمل التجاري، فذهب الفقيه تالير (THALLER) إلى القول بعدم لزومه، لأن معيار العمل التجاري في نظره، يكمن في فكرة التداول لا في فكرة المضاربة بقصد تحقيق الربح، غير أن الرأي الراجح في كل من فرنسا ومصر يقضي بأن الشراء بقصد البيع لا يكتسب الصفة التجارية، الا إذا كان القصد من ورائه المضاربة وجني الربح(2) وذلك سواء حقق الشخص الربح فعلا أو لم يحققه إذ قد يرجع عدم تحقيق الربح إلى سوء تقدير التاجر للوقت المناسب لبيع السلعة، أو يكون غرضه اغراق السوق بالسلعة كي يقضي على منافسيه الخ.... (3)

إذن فكل شراء وارد عى عقار أو على منقول، يكون الغرض منه اعادة بيعه لجني ربح اكبر، يمثل عملا تجاريا حتى لو وقع من الشخص مرة واحدة.

---

(1) حسين النوري المرجع السابق ص 27، وأنظر سميحة القيلوبي المرجع السابق - ص 66.

(2) أنظر فريد العريني المرجع السابق - ص 86.

(3) سميحة القيلوبي - ص 67.

المبحث الثاني:

العمليات المصرفية وعمليات البنوك والسمسرة:

تعرضت الفقرتان 13 و 14 من المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري، للأعمال المصرفية والوساطة، فنصت الفقرة 13 على أنه: «... يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة..»، أما الفقرة 14 من نص المادة فنصت على ما يلي: «.... كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية، والقيم العقارية...»، إذن فطبقا لهاتين الفقرتين، تعد من الأعمال التجارية المنفردة الأعمال الاتية:

1 ـ العمليات المصرفية: ويقصد بها الأعمال التي تقوم بها البنوك، إذ تعد اعمالا تجارية، وعمليات البنوك كثيرة ومتنوعة، فتقوم البنوك عادة بأصدار الاوراق المالية وتتوسط بين الجمهور الذي يكتسب في الأسهم والسندات، وبين الشركة أو الدولة التي تصدر هذه الأوراق مقابل عمولة تتقاضاها عن هذه الوساطة كما تتوسط البنوك في الادخار والاستثمار بقصد تحقيق الربح فتستقبل الودائع النقدية من المدخرين لقاء فائدة بسيطة أو دون فائدة، ثم تستخدم هذين الودائع في اقراض الأفراد بفائدة اعلى، كذلك تقوم البنوك بفتح الحسابات الجارية والاعتمادات المستندية الخ... وتعتبر العمليات المصرفية تجارية بالنسبة للمصرف ولو وقعت منفردة، أما بالنسبة للعميل فتعتبر مدنية الا إذا كانت قد صدرت من تاجر لشؤون تتعلق بتجارته.(1)

2 ـ السمسرة: وهي تعتبر عقدا بمقتضاه يتعهد شخص مقابل عمولة معينة بالسعي إلى التقريب من الطرفين أو أكثر كي يتعاقدا، فعمل السمسار يقتصر

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 93، أنظر أيضًا حسين النوري المرجع السابق - ص 30.

على السعي لاتمام التعاقد ولايعتبر وكيلا عن الأطراف اذ لا يقوم بتنفيذ أي التزام، كما لايعتبر طرفا في العقد الذي يتم بينهما وقد أثير خلاف في الفقه والقضاء حول عمل السمسار فقيل أن عمله يعد تجاريا إذا تعلق بأمور تجارية، أما ، إذا قام بعمل مدني كالخطبة في الزواج فإن عمله يعد عملا مدنيا محضا ، على أساس أن السمسرة في المسائل المدنية تعتبر صورة من صور الوكالة العادية (1) ، ولكن انتقد هذا الرأي بأنه لايمكن اعتبار السمسرة صورة الوكالة العادية، لأن السمسار لا يظهر في العقد الذي يتوسط في انهائه لابصفته اصيلا ، ولا بصفته وكيلا ، وذهب رأي أخر إلى التمييز بين ما إذا كانت السمسرة قد تمت منفردة، وبين ما إذا كانت قد تمت على وجه الاحتراف ففي الحالة الأولى لا تعتبر السمسرة عملا تجاريا إلا إذا كانت متعلقة بعمل من طبيعة تجارية، أما في الحالة الثانية، فتعتبر عملا تجاريا حتى ولو تعلقت بأعمال من طبيعة مدنية.

على كل حال فإن نص الفقرة 14 من المادة 3 من التقنين التجاري الجزائري جاء صريحا واعتبر عمل السمسار أيا كان يعد عملا تجاريا دون تمييز بين الصفقات التي يبرمها أكانت مدنية أم تجارية، لذا فعمل السمسار يعد عملا تجاريا.

بالنسبة للسمسار أما بالنسبة للاطراف المتعاقدة، فان الأمر يتوقف على طبيعة التعاقد الذي يقومون به، وعلى صفتهم.(2)

3 ـ عمليات الصرف: أن عملية الصرف تتم بطريقتين: فهناك الصرف اليدوي أو المقبوض ويتمثل في تبديل نقود وطنية بنقود اجنبية عن طريق المناولة

(1) حسين النوري المرجع السابق - ص 33.

(2) أنظر سميحة القيلوبي المرجع السابق - ص 72. وأنظر أيضًا محمد فريد العريني المرجع السابق ـ ص 92.

اليدوية، والصرف المسحوب ويتمثل في تسليم النقود، على أن يقوم من سلمها بتقديم ما يقابلها بعملة اخرى في بلد اجنبي في مقابل عمولة يدفعها ومن خصائص الصرف المسحوب أنه يجنب مخاطر نقل النقود من دولة إلى اخرى، إذ لا يكلف العميل الامرا بالصرف يحصل بمقتضاه على نقوده عندما يصل إلى المكان الذي يقصده، وعملية الصرف تقوم بها البنوك والصيارفة المحترفون فيجنون من ورائها ربحا يتمثل في الفرق بين ثمن شراء النقود وثمن بيعها، ويظهر هذا في العمولة التي يتقاضونها عن كل عملية صرف يقومون بها وكل عملية صرف تعد عملا تجاريا حتى لو وقعت من شخص غير تاجر، أما إذا تمت مبادلة ودية للنقود بين صديقين من دولتين مختلفتين فلا تعتبر عملا تجاريا.

والجدير بالملاحظه أن المشرع الجزائري لم يقتصر على اعتبار الأعمال التجارية بحسب الموضوع الأعمال السالفة، الذكر والتي احتوتها المادة 2 من القانون التجاري، بل اضاف اعمالا أخرى جاءت بالمرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في 7 رمضان عام 1413 الموافق لأول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري الذي نص في المادة 4 منه على مايلي:

«فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 2 من الأمر رقم 75 ـ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري المذكور أعلاه، تعد اعمالا تجارية، بحكم غرضها الأعمال الآتية:

ـ كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية قصد بيعها أو تأجيرها.

ـ كل النشاطات التوسطية في الميدان العقاري، لاسيما بيع الاملاك العقارية أو تأجيرها.

ـ كل نشاطات الادارة والتسيير العقاري لحساب الغير.

ويتضح لنا من خلال هذه المادة، أنه إذا كانت المادة 2 من القانون التجاري قد اعتبرت بيع العقار وتأجيره عملا تجاريا، فإن المادة 4 من المرسوم التشريعي السابق، لم تكتف بذلك، فتوسعت في المجال العقارات، واعتبرت كل نشاط متعلق بالاقتناء والتهيئة العقارية يقوم به الشخص بقصد تأجير العقار أو بيعه، يعد عملا تجاريا. كما اعتبرت الوساطة عملا تجاريا، إذ هي عبارة عن سمسرة. فاعتبرت كل نشاط توسطي في الميدان العقاري، يدخل في المجال التجاري ، لا سيما إذا تعلق بتأجير ملكية العقار وبيعه.

أما الفقرة 3 فقد اعتبرت كل نشاط إداري أو تسير لعقار يكون لفائدة الغير يعد عملا تجاريا، ولسنا ندري ما هي الحكمة التي توخاها المشرع الجزائري في جعل العمل الإداري وتسيير لعقار عملا تجاريا حين يكون لحساب الغير. إذ أننا نعتقد أن الشخص الذي يقوم بمثل هذا النشاط لا يحقق المضاربة والربح، بل يتقاضى ومقابل ذلك أجر فقط.

وكملاحظة عامة لقد استعمل المشرع في القانون التجاري الصادر في 1975 اصطلاح الأعمال التجارية بحسب الموضوع بينما استعمل في المرسوم التشريعي المعدل لهذا القانون والصادر في سنة 1993 اصطلاح الأعمال التجارية بحكم االغرض، وبالتالي نتسائل عن سبب اختلاف هذه المصطلحات في تعبير المشرع وهل يقصد بها مفهوما واحدا أو مفهوما مغايرا ومختلفا؟.

ثم جاءت المادة 4 من أمر رقم 27/96 مؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق ل 9 ديسمبر 1996 المتمم والمعدل للقانون التجاري، فأضافت أعمالا تجارية أخرى هي:

1 ـ كل شراء وبيع لعتاد أو مؤن للسفن:

تحتاج السفينة إلى تجهيزها أي اعدادها للاستغلال البحري، ويتم ذلك عن طريق تزويدها بالمؤن والوقود والأدوات اللازمة لملاحتها. فكل شراء أو بيع للعتاد والمؤن الخاصة بشؤون السفينة يعد عملا تجاريا.

2- كل تأجير أو اقتراض بحري بالمغامرة:

قد يؤجر مالك السفينة، بأن يضع تحت تصرف المستأجر، السفينة مقابل أجرة معلومة وهذا لفترة زمنية محدودة. وقد يتم تأجير السفينة بالرحلة أو تأجيرها بكاملها أو تأجير جزء منها أما بقصد نقل البضائع أو بقصد نقل الأشخاص، ويعد هذا عملا تجاريا بحسب الموضوع، كما أن كل قرض أو اقتراض بالمغامرة يعد عملا تجاريا، والقرض أو الاقتراض بالمغامرة،[1] هو عبارة عن عقد يتم بين مجهز السفينة والمقرض الذي يمنح مبلغا من المال قصد تجهيز السفينة أو شراء بضاعة وإيصالها إلى ميناء معين.

ويعد من العقود الاحتمالية، لأن السفينة أثناء رحلتها قد تتعرض لأخطار كهطول أمطار غزيرة تتسبب في هلاك البضاعة، أو هبوب رياح تلحق أضرارا بالسفينة وبحمولتها. فالمقرض في هذه الحالة يتحمل مخاطر السفينة مع مجهزها .

فإذا هلكت السفينة ضاع عن المقرض مبلغ القرض أي خسره، أما إذا عادت السفينة سالمة، فإن المقرض يستوفي مبلغ القرض ومعه فائدة معتبرة أي أرباح هامة profit important

1 أصله نظام قرض المخاطر الجسيمة Le prêt à la grosse aventure الذي عرفته بعض الشرائع القديمة.

ويشمل هذا العقد على الخصائص التالية :

أ ــ هو عبارة عن مشاركة أو تجمع Une association لأن المقرض فيه يشارك أو يساهم في العملية كالشريك الموصي.

ب ــ يعتبر قرضا، إذ بفضل القرض يستطيع مجهز السفينة القيام برحلته

ج ــ يعتبر تأمينا لأن مجهز السفينة قبل أن يقوم برحلته يتلقى مبلغا من المال يقيه من خطر الطريق، إلا اذا عادت السفينة سالمة، فإن مجهزها يلتزم في هذه الحالة برد مبلغ القرض.

إذن، فهو عبارة عن عقد تأمين يقوم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين قبل وقوع الخطر، ولكن عقد تأمين عكسي أي يختلف عن عقد التأمين المعروف في وقتنا الحاضر، والذي لا يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين إلا بعد وقوع الخطر للسفينة وليس قبله.[1]

3 ــ كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية :

إن التأمين البحري له مركز بالغ الأهمية لأن من النادر أن تسافر سفينة أو تتقل بضاعة معينة عن طريق البحر دون أن يقوم أصحابها بالتأمين عليها تحصينا من المخاطر. وطلبا في الأمن والضمان.

1 -René Rodiere – que sais-je Droit Maritime (Presses Universitaires de France p. 29 et 30 1980

ويعرف عقد التأمين البحري بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص يسمي المؤمن بتعويض شخص آخر يسمي المؤمن له عن الضرر الناشئ عن خطر بحري في نظير قسط معين [1].

والتأمين البحري هو حق عيني تبعي ينشأ عن السفينة، فهو يشملها ويشمل جميع التفرعات الضرورية لاستثمارها لأنها جزء من السفينة.

كما يطبق التأمين على مختلف أنواع السفن بغض النظر عن الغاية التي خصصت لها أي سواء كانت سفن نقل أو صيد أو سفن نزهة.

وعقد التأمين يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه، بل أن كل عقد بحري يعد كذلك كعقد الضمان البحري أو عقد النقل البحري وهذا حسب مفهوم النص القانوني.

4 ـ كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم:

يقوم طاقم السفينة بأداء خدمة على متنها، ومقابل هذه الخدمة يتقاضى أجرة يلتزم مجهز السفينة بدفعها له وفقا لما جاء في العقد، وإذا لم تحدد في العقد يجب مراعاة العرف في ذلك، ومهما كانت الأجرة يجب ألا تقل عن الحدود التي تفرضها قوانين العمل؛ لأن هذه الحدود الدنيا تعتبر من النظام العام. وقد تحدد أجرة الطاقم إما باليوم أو بالأسبوع أو بالشهر كما قد تحدد بالرحلة أو بنسبة معلومة من أرباح الرحلة وغير ذلك من الأساليب.

---

1) مصطفى كمال طه الوجيز في القانون التجاري منشأة المعارف بالإسكندرية 1974 ص ـ 441

إذن فالعقد أو الاتفاق الذي يتم بين مجهز السفينة وطاقمها والذي يكون موضوعه أجر الطاقم يعد عملا تجاريا في نظر المشرع الجزائري.

كما يعد عملا تجاريا تأجير الطاقم لسفينة أخرى، وقد يتم تأجير الطاقم بين موانئ تتعدى حدود الدولة أي موانئ أجنبية، في هذه الحالة كل الاتفاقات التي يكون موضوعها تأجير الطاقم أو تحديد أجوره يعد عملا تجاريا.

5 ــ كل الرحلات البحرية.

يقوم بالرحلة البحرية مالك السفينة أو مستأجرها قصد نقل البضائع أو نقل الأشخاص، وتعد هذه العمليات البحرية تجارية بحسب الموضوع وهذا وفق التعديل الصادر في سنة 1996 غير أننا نرجئ الكلام عن هذه العمليات في الفصل الثالث.

المبحث الثالث:

المقاولات:

بجانب الأعمال التجارية المنفردة، هناك طائفة اخرى من الأعمال لا تكتسب الصفة التجارية، إلا إذا تمت في شكل مقاولة، فالصفة التجارية لهذه الأعمال لاتستمد من العمل ذاته أو من طبيعة موضوعية أو من صفة الشخص القائم به، بل تستمد من شكل التنظيم الذي يستند اليه، ولو لم يقم المشرع الجزائري بتعريف المقاولة في القانون التجاري، وعلى كل حال، فإ الفقه والقضاء قاما بتعريفها، كالفقيه هامل Hamel (1) يرى أن المقاولة تتميز بخاصيتين: أولا تكرار العمل وايجاد تنظيم أو هيئة غرضها تحقيق هذه الأعمال، ثانيا أن يمتد هذا التكرار بوسائل مادية ومعنوية وبشرية.

Spécialisés et Aménagés - Qui Servent à Leur Réalisation

إذن يفترض في المشروع عدم القيام بالعمل مرة واحدة أو مرات محدودة بشكل منعزل بل ينبغي تكرار القيام على نحو متصل ومعتاد، ولا يوجد خلاف في الفقه ولا في القضاء على لزوم هذا العنصر المرتبط بشخص القائم بالعمل ولا في ضرورة توفره في كافة المقاولات التي ينص عليها القانون مهما اختلف موضوعها.(2)

ونلاحظ أن المشرع الجزائري، قد أطلق كلمة مقاولة ترجمة لكلمة (Entreprise) وقد اتبع نفس المصطلح الذي اتبعه المشرع المصري، ولذا فان

---

(1) Hamel المرجع السابق ـ 184.

(2) أكثم أمين الخولي المرجع السابق – ص 117.

الفقه (1) ينتقد هذا المصطلح لأن ترجمته خاطئة، فكلمة (Entreprise) معناها: المشروع، وهذه الكلمة أوضح في الدلالة على المعنى الذي يقصده المشرع والذي عبر عنه بكلمة «مقاولة» خاصة وأنه استعمل كلمة مقاولة في المجال المدني فنصت المادة 549 ق.م جزائري والتي تقابلها المادة 646 من التقنين المدني المصري على أنها: «عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين بأن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

إذن فبمقتضى هذا النص أن المقاولة في المجال المدني تعد من العقود الواردة على العمل اساسا بحيث يمثل العمل فيها عنصرا جوهريا، وبالتالي فهي تختلف عن المقاولة التي يرمي اليها المشرع في المجال التجاري، ولذا فاستعمال نفس المصطلح قد يؤدي إلى حدوث خلط بينهما، وكان يستحسن استعمال كلمة مشروع بدلا من كلمة مقاولة، وقد نص المشرع الجزائري على هذه المقاولات، والسؤال الذي يتبادر إلى ذهننا، هل جاء ذكر هذه المقاولات العشر على سبيل الحصر لأنها صيغت في شكل يوحي بذلك بحيث لو قامت مقاولة وخرج موضوعها عن الموضوعات التي ذكرها المشرع اعتبر العمل فيها مدنيا؟

اننا نلاحظ التطور الأقتصادي السريع بحيث أصبحت عدة اعمال وانشطة تقوم بالمضاربة سعيا وراء تحقيق الربح وتتم في شكل مقاولة، وفي اعتقادنا أن المشرع الجزائري لم يحصر الصفة التجارية في المقاولات التي عددها فحسب، بل مدها إلى كل نشاط يتخذ شكل مقاولة، واراد أن يخلع عليه الصفة التجارية.

ومن ضمن المقاولات التي ذكرها المشرع الجزائري:

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 100. وأنظر أيضًا أحمد محرز المرجع السابق - ص 107.

1 ـ مقاولة تأجير المنقولات والعقارات:

أن تأجير المنقولات والعقارات اذا تم على سبيل التكرار وأخذ شكل مقاولة تخلع عليه الصفة التجارية، لأنه يرمي من خلال هذه العمليات إلى المضاربة وتحقيق الربح فمثلا قيام شخص بتأجير السيارات أو تأجير منزل وجعله فندقا أو مكانا للعلاج أو للتعليم يعتبر عملا تجاريا، ولقد اعتبر المشرع الجزائري كل من يقوم بمثل هذه الانشطة تجارا ومن ثم القي على عاتقهم التزامات التاجر حماية لكل من يتعامل معهم.

2 ـ مقاولة الانتاج أو التحويل أو الاصلاح:

كل مقاولات تقوم بنشاط يتمثل في انتاج مواد اولية أو في تحويلها أو في اصلاحها لكي تصبح سلعا تشبع حاجات الناس، تعتبر اعمالا داخلة في اطار الصناعة(1) وذلك لأن الصناعة هي عبارة عن عملية تحويل المادة الاولية أو المادة نصف المصنوعة إلى سلعة معينة، سواء كانت المقاولة عبارة عن انتاج زراعي أولا، كمن يقوم بانتاج الزيتون ويقدمه إلى المعصرة لاستخراج الزيت منه، أو كمن يقوم بانتاج القطن ويقوم بتحويله إلى نسيج أو بانتاج المواد الخام وصناعتها، كاستخراج الحديد وصناعة السيارات الخ... وتعتبر مقاولة الأنتاج والتحويل والاصلاح عملا تجاريا سواء كانت المواد المستعملة قد تم شراؤها مسبقا كشراء صاحب المصنع للمواد الأولية من أجل تحويلها بقصد بيعها، وفي هذه الحالة يعتبر شراء المواد وبيعها عملا تجاريا طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 25 (الشراء بقصد البيع) وطبقا لنص الفقرة 4 من المادة 25، أي (أن هذا العمل يتم في شكل مقاولة) أو كانت المواد ملكا للصانع قبل تحويلها أو اصلاحها، أو كانت ملكا للغير وسلمت إلى صاحب المصنع كي يتولى صنعها

(1) على حسن يونس المرجع السابق - ص 108. وأنظر أيضًا محمد عباس المرجع السابق - ص 137.

ويردها للعميل، كتعاقد اصحاب مطاحن الغلال ومحالج القطن وصبغ المنسوجات، أو تعاقدد صاحب المطبعة بطبع كتب الغير فان هذه الأعمال تعد تجارية متى تمت في شكل مقاولة، أي يشترط تكرار العمل، فضلا عن أن يكون هناك تنظيم، خاص وعلى درجة من الاهمية بحيث يظهر العمل ضخما بوسائله المادية والبشرية حتى يمكن القول بأن المقاول يضارب على قوة الآته وعمل عماله. أما إذا كان الشخص يمارس عملية الانتاج أو التحويل أو الاصلاح في نطاق محدود، كما لو كان يقوم بالعمل بنفسه فانه يعتبر من أصحاب الحرف الذين لايدخل عملهم في اطار المقاولة، ويعتبر تبعا لذلك من قبيل الأعمال التجارية، مثل الخياط الذي يقدم له القماش ليحيكه بنفسه أو النجار الذي يقدم له الخشب ليصنعه بنفسه، ولا يتغير الوضع في حالة ما إذا استعان هذا الحرفي ببعض الصبيان، أو بافراد أسرته، ذلك لأنه لا يضارب على احدهم، أما إذا كان الحرفي يقوم بتوظيف عدد من العمال ويظهر بمظهر صاحب مقاولة، فان عمله يعتبر من قبيل المقاولة حتى ولو كان يشترك في العمل بنفسه مع العمال لأنه يضارب على عملهم وعلى مصاريف المقاولة. (1)

3 ـ مقاولة البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض:

أن كل مقاولة تقوم بأعمال البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض تعد عملا تجاريا في نظر القانون الجزائري وتشمل هذه المقاولة، مقاولة ترميم المباني ورصف الطرق واقامة الجسور و تطهير الترع وانشاء الانفاق والمطارات الخ... وعلى هذا الاساس يشترط لاعتبار هذه المقاولة عملا تجاريا.

أولا: أن يكون قد تعهد بتوريد الأشياء اللازمة للبناء من الات ومواد اولية وبتوريد العمال، فهو بذلك يقوم بدور الوسيط الذي يضارب على بضائعه أو على

(1) أنظر علي حسن يونس ـ ص 110 ـ وأنظر أيضًا محمد حسني عباس المرجع السابق - ص 138.

عمل عماله أما إذا اقتصر عمل المقاول على وضع الرسوم والتصميمات والأشراف على التنفيذ فيكون عمله عمل المهندس أو وكيل رب العمل، وفي كلتا الحالتين يكون العمل مدنيا لأنه يقدم خدمات مقابل أجر.(1)

ثانيا: أن يتم عمل المقاول على وجه الاحتراف، فاذا قام المتعهد بعملية عارضة خاصة بانشاء المباني، فان عمله لايعتبر تجاريا، وقد أثير خلاف فقهي حول حالة ما إذا اقتصر عمل المقاول على تقديم العمال فحسب، فهل يعتبر عمله تجاريا؟ استقر القضاء المصري ويسانده في ذلك جانب من الفقه على اعتبار مثل هذا العمل تجاريا، لأن المقاول في هذه الحالة يقوم بالاتجار بعمل الغير ويضارب عليه، وعلى كل حال فمن يتعهد بتقديم الاشياء اللازمة من مواد أو عمل أو أي منهما للبناء وما يشبهه، ويقوم بذلك على وجه الاحتراف، ويعد عمله مقاولة تجارية.

4 ـ مقاولة التوريد والخدمات:

يعتبر عملا تجاريا كل تعهد بتوريد أشياء أو تقديم خدمات، طالما تم هذا في شكل مقاولة أي طالما تكرر العمل وفق تنظيم خاص، بحيث يقوم الشخص بعقود التوريد على وجه الاحتراف، وبمقتضي عقد التوريد يلزم المتعهد بتسليم متتابع لكميات من السلع خلال فترات منتظمة، كتوريد الاغذية للمستشفيات والمدارس أو توريد المياه والكهرباء والغاز أو توريد الاوراق للصحف أوتوريد الوقود للسفن(2)... الخ، ويعتبر أيضا بمثابة عمل تجاري، كل مقاولة تقوم بتقديم خدمات مثل استغلال الفنادق والنوادي التي تقوم بتقديم خدمات بقصد الراحة والتسلية

(1) أحمد محرز المرجع السابق - ص 77 وأنظر أيضًا حسني عباس المرجع السابق - ص 150.

(2) أنظر محمد بحسني عباس المرجع السابق - ص 144.

إلى روادها مقابل مبلغ معين، ويرى جانب من الفقه أن عملية التوريد لاتعتبر تجارية إلا إذا اقترنت بشراء الأشياء التي يوردها المتعهد أما اذا اقتصر القائم بالعمل على توريد السلع التي ينتجها باعتباره المنتج فلا يعتبر عمله تجاريا، كالمزارع الذي يتعهد بتوريد الغلال أو الاقطان التي تنتجها أرضه.

والواقع هو أن التزام المتعهد بالتوريد يقترن غالبا بشراء لاحق للاشياء التي تعهد بتوريدها، كما أنه قد يقترن بشراء سابق، ولكن هذا لايعني أن يشرط حتما أن يقترن التعهد بالتوريد بشراء الأشياء، وفي حالة ما إذا كان الأمر كذلك فيكون بمقتضاه أن عملية التوريد اقترنت بشراء سابق فتدخل أذن ضمن الفقرة الأولى من المادة 2 من التقنين التجاري التي تعتبر كل شراء لاجل بيع يعد عملا تجاريا، غير أن الرأي الراجح(1)، يرى أن التوريد، إذا تم في شكل مقاولة أي تكرر على وجه الاحتراف وبشكل منتظم ومستمر اعتبر عملا تجاريا طبقا للفقرة 6 من المادة 2 من التقنين التجاري، سواء قام المتعهد بالتوريد، بشراء البضائع أو كانت البضائع من انتاجه أو من صنعه، وعملية التوريد لاتقتصر على عملية البيع فحسب، وإنما تتضمن المضاربة وتعريض المورد إلى تقلبات الاسعار.

5 - مقاولة استغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى:

أن جميع المعادن الطبيعية من ذهب أو فضة أو بترول أو حديد أو ملح أو ماء أي استغلال المناجم أو استغلال أي منتجات أخرى كانت على سطح الأرض أو في باطنها كقلع الاحجار وتهيئتها للبناء أو صيد السمك واقامة مصنع لتصبيره أو ما يشبه ذلك تعد عمليات صناعية استخراجية، فاذا تمت في شكل منتظم ومستمر أي في شكل مقاولة اعتبر العمل في نظر المشرع الجزائري تجاريا، وقد

(1) علي حسن يونس المرجع السابق - ص 121. وأنظر أحمد محرز المرجع السابق - ص77.

ساير في هذا الصدد التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي في قانون 1919 الذي ادخل استغلال المناجم ضمن الأعمال التجارية لكونها تقوم بالمضاربة بقصد تحقيق الربح.

6 ـ مقاولة النقل والانتقال:

يقصد بالنقل، نقل البضائع والحيوانات ويقصد بالانتقال، انتقال الانسان بوسائل النقل المختلفة، ويعد النقل أحد الدعائم الاساسية التي يرتكز عليها النشاط الاقتصادي في العصر الحديث الذي أصبحت فيه الحركة ضرورية، إذ لولا النقل والانتقال لوجب استهلاك السلع في الامكنة التي تصنع فيها مما يؤدي إلى شل حركة التبادل التي تمثل روح الحياة الاقتصادية لهذا اعتبر النقل احد المعايير التي يقام على ضوئها مدى تقدم الدول ونهوضها، وقد قال الفقيه جوسران (JOSSERAND) في هذا الصدد: «أنه يعد مقياسا لحضارة الآمم»، وطرق النقل متنوعة فهناك النقل البري Transport Terrestre ويتم عن طريق السيارات و السكك الحديدية و النقل النهري Transport Fluvial ويتم بالمراكب في المياه الداخلية كالأنهار و الترع و القنوات و البحيرات، و النقل الجوي transport Aérien ويتم عن طريق الطائرات و النقل البحري Transport Maritime ويتم بواسطة السفن البحرية[1]، ويكون النقل داخليا أو وطنيا Transport National، ويتم هذا داخل الحدود الاقليمية للدولة، ولا يثير هذا النوع من النقل صعوبة من حيث القانون الواجب التطبيق غليه، إذ يخضع للقانون الوطني للدولة، التي تم التنفيذ بداخلها، كما قد يكون النقل دوليا Transport International أي يتجاوز تنفيذه الحدود الاقليمية للدولة، ويثير هذا النوع من النقل صعوبات كثيرة من حيث القانون الواجب التطبيق، نظرا لتغير النظام القانوني الذي

---

(1) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق – ص 114 و 115.

يخضع له النقل كلما مرّت وسائله من حدود دولة إلى اخرى، لذا قامت الدول بعقد اتفاقيات دولية لحكم هذا النوع من النقل بقصد القضاء على ظاهرة تعدد الاحكام القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة عنه، كاتفاقية فارسوفي سنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي واتفاقية سندات الشحن المبرمة في بروكسيل سنة 1924 واتفاقية برن المبرمة سنة 1890 والمتعلقة بالسكك الحديدة.(1) الخ.......

ويعد النقل من قبيل الأعمال التجارية متى تم على سبيل المقاولة بصرف النظر عن الشخص القائم به سواء كان فردا أو شركة تابعة للقطاع العام أو الخاص.(2)

7 - مقاولة استغلال الملاهي العمومية أو الأنتاج الفكري:

يقصد بالملاهي العمومية دور الملاهي التي تفتح أبوابها للجمهور مقابل أجر كما هي الحال لدور السينما والمسارح والسرك وغيرها من المجلات التي تهتم بتسلية الجمهور في مقابل اجر، وتضفي الصفة التجارية على أصحاب الملاهي العمومية بشرط أن يقوم هؤلاء الأشخاص بعملهم على وجه الاحتراف وفي شكل مقاولة، فاذا قام شخص باحياء حفلة غناء وحصل فيها على ربح وافر، فلا يعد عمله من قبيل الاحتراف ومن ثم لايعد عملا تجاريا، سواء وقع منه العمل مرة واحدة أو عدة مرات، وكذلك لو قدم شخص مسرحية بمناسبة اعياد وطنية أو حفلات اقيمت بقصد التبرع فلا يعد محترفا ويشترط لكي تضفى الصفة التجارية على أصحاب الملاهي أن يباشروا عملهم على وجه الاحتراف فضلا عن قيامهم بالمضاربة على العروض التي يقدمونها للجمهور بقصد تحقيق الربح.(3)

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق ص 115.

(2) أنظر سميحة القليوبي المرجع السابق ص 84. وأنظر أيضًا على حسن يونس المرجع السابق - ص 116، وأنظر أيضًا أحمد محرز المرجع السابق - ص 80.

(3) أنظر حسن يونس المرجع السابق - ص 131، وأنظر محمد حسين عباس المرجع السابق - ص 148، وأنظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق - ص 87.

8 ـ مقاولة التأمين:

التأمين هو تعهد شخص يسمى المؤمن، وغالبا ما يكون شركة بأن يؤدي إلى شخص آخر يسمى المؤمن له مبلغا من المال عند تحقيق الخطر المؤمن منه، في مقابل قسط التأمين الدوري الذي يؤديه المؤمن له للمؤمن، ويحقق المؤمن الربح من الزيادة التي يحصل عليها بعد حساب احتمالات التعويضات التي يدفعها سنويا، والمؤمن في هذا النوع من التأمين يعد وسيطا بين المؤمن لهم وهؤلاء هم الذين يضمن بعضهم بعضا على سبيل التبادل والتعاون، وإما المؤمن فيعد مجرد مدير لهذا التعاون بين المؤمن لهم غير أنه يديره إدارة تسمح له بتحقيق الربح. (1)

أما التأمين التبادلي والتعاوني، فيقصد به اتفاق مجموعة من الأشخاص المعرضين لاخطار متشابهة على تعويض الضرر الذي يلحق أحدهم عند تحقق الخطر، من مجموع الاشتراكات المدفوعة منهم لصندوق يتكون لهذا الغرض، فمثلا المزارعون يتعرضون لآفات في مواسم معينة تقضي على محاصيلهم أو لأمراض تهدد حيواناتهم، يتفقون على تكوين جمعية تعاونية فيما بينهم للتأمين من هذه الأخطار مقابل اشتراكات يدفعونها وتكون بمثابة تعويض عن الخطر الذي يلحق بأحدهم، وهناك التأمين الإجتماعي الذي تفرضه الدولة جبرا أو اختيارا على بعض الفئات العاملة بقصد حمايتها وفق ظروف الدولة السياسية والإجتماعية والإقتصادية.

هذا ونشير إلى أن التأمين التبادلي لا يعد في الواقع عملا تجاريا حتى لو تم على وجه المقاولة وذلك لان هذا النوع من التأمين لا توجد فيه وساطة أو مضاربة، وينطبق نفس الحكم على التأمين الإجتماعي الذي تقوم به الدولة أو تعهد به إلى احدى هيئاتها سواء كانت خاصة أو عامة. (2)

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق – ص 123.

(2) أنظر غريد العريني المرجع السابق – ص 123، وأنظر أيضًا احمد محرر المرجع السابق – ص 84 و 85.

غير أن نص الفقرة 10 من المادة2 من التقنين التجاري لم يميز بين انواع التأمين بل اعتبر كل عملية تأمين تمت على سبيل الاحتراف والتنظيم أي في شكل مقاولة، عملا تجاريا في نظر القانون الجزائري، ولعل المشرع الجزائري اراد أن يساير الفقه الحديث في فرنسا الذي ينتقد التفرقة بين أنواع التأمينات، وينادي بضرورة اضفاء الصفة التجارية على مقاولة التأمين بجميع أنواعه. (1)

9 - مقاولة استغلال المخازن العمومية:

أطلق القضاء المصري على مقاولة استغلال المخازن العمومية اصطلاح «مقاولات الايداع» وذلك لان المخازن العمومية هي عبارة عن محلات كبيرة ينحصر نشاطها في ايداع البضائع من المودعين نظير أجر، وتقوم هذه المحلات أو المخازن بحفظ السلع بمقابل وتصدر صكوكا تسمى سند التخزين Warrants تمثل البضاعة المودعة ويمكن بتحويل هذه الصكوك إلى الغير، بيع البضاعة المودعة أو رهنها دون حاجة إلى نقلها من هذه المخازن، وتعد مقاولة المخازن العمومية عملا تجاريا، ويبرر بعض الفقه تجاريتها بأنه غالبا ما يلحق بهذه المخازن، محلات لبيع البضائع بالمزاد العلني عند عدم سحبها من اصحابها، غير أنه يرد على هذا الرأي أن البيع بالمزاد العلني ليس الا عملا تابعا للنشاط الرئيسي لهذه المخازن الذي يتمثل في الوديعة بأجر والحقيقة هي أن هذه المقاولة ترجع تجاريتها إلى كونها من النظم الاساسية في التجارة في العصر الحديث، فضلا عن أن المشرع قد تناولها بنص قانوني. (2)

---

(1) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 124.

(2) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 121 و 122، وأنظر أيضًا عباس حلمي المرجع السابق - ص 89، وأنظر أيضًا أحمد محرز المرجع السابق - ص 87.

10 ــ مقاولات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو أشياء المستعملة بالتجزئة:

أن مقاولة البيع بالمزاد العلني تعد عملا تجاريا في نظر المشرع الجزائري، ويستنتج من ذلك أن من يحترف الوساطة في البيع بالمزايدة مقابل أجر يعتبر عمله تجاريا ويدخل ضمن هذا النوع من الأعمال التي نص عليها المشرع بقوله مقاولات البيع بالمزايدة، تتولى هذه الأخيرة بيع السلع الجديدة بالجملة أو بيع السلع المستعملة بالتجزئة، وتقوم هذه المقاولات بأعمال الوساطة بالبيع لحساب الشركات أو الأفراد، ويعد العمل تجاري بالنسبة الى البائع، أما بالنسبة الى المشتري بالمزاد العلني فيتوقف الأمر على صفته فإذا كان المشتري لا يتمتع بصفة التاجر فان العمل بالنسبة إليه يعتبر مدنيا أما إذا كان تاجرا فيعتبر شراؤه بالمزاد العلني عملا تجاريا[1].

هذا ونشير الى أن المادة 4 من أمر رقم 96-27 الصادر في 9 ديسمبر 1996 قد أضافت في فقرتها الأولى نوعا آخر من المقاولات وهي:

1 ــ كل مقاولة لصنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن للملاحة البحرية:

السفينة هي وسيلة للملاحة البحرية وإدانتها، وتنفرد السفينة بنظام قانوني خاص لما من أهمية بالغة تميزها عن سائر الأموال، منقولات كانت أو

(1) أنظر محمد حسن عباس المرجع الساب، ص: 147-148، وأنظر أيضا سميحة القليوني المرجع السابق،ص: 91

عقارات. فالسفينة تعتبر منقولا لكن تعاملها القوانين في بعض التصرفات معاملة العقار نظرًا لما تتمتع به من قيمة كبيرة وهامة تفوق قيمة المنقول.

كما أن السفينة هي شيء، غير أنها تعامل معاملة الشخص الطبيعي في بعض النواح، فلها إسم يميزها عن سائر السفن التابعة لدولة أخرى.

وللسفينة دور هام في الاقتصاد الوطني، لذا نظم المشرع الأحكام التي تخضع لاكتسابها وانتقال ملكيتها وكيفية شهر التصرفات التي ترد عليها من بيع أو شراء أو رهن الخ...

وكل تصرف يرد على السفينة من صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع يتخذ شكل المقاولة أي يتخذ شكلا منتظما ومتكررا يعتبر عملا تجاريا في نظر المشرع لكونه يستند إلى المضاربة والربح في مجال الملاحة البحرية.

2 ــ كل شراء وبيع لعتاد أو مؤن للسفن:

تحتاج السفينة إلى تجهيزها أي إعدادها الاستغلال البحري ويتم ذلك عن طريق تزويدها بالمؤن والوقود والأدوات اللازمة لملاحتها. فكل شراء أو بيع للعتاد والمؤن الخاصة بشؤون السفينة يعد عملا تجاريا.

3 ــ كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة:

قد يؤجر مالك السفينة، بأن يضع تحت تصرف المستأجر السفينة مقابل أجرة معلومة، وهذا لفترة زمنية محدودة.

وقد يتم تأجير السفينة بالرحلة أو تأجيرها بكاملها أو تأجير جزء منها أما بقصد نقل البضائع أو بقصد نقل الأشخاص. فهذا يعد عملا تجاريا كما أن كل قرض أو اقتراض بالمغامرة يعد عملا تجاريا. والقرض أو الاقتراض بالمغامرة[1]، هو عبارة عن عقد يتم بين مجهز السفينة والمقرض الذي يمنح مبلغا من المال قصد تجهيز السفينة أو شراء بضاعة وايصالها إلى ميناء معين.

---

(1) أصله نظام قرض المخاطر الجسيمة le prét à la grosse aventure الذي عرفته بعض الشرائع القديمة.

ويعد هذا القد احتماليا لأن أثناء قيام السفينة برحلتها تتعرض لاخطار كهطول أمطار غزيرة تتسبب في هلاك البضاعة أو هبوب رياح تلحق أضرارا بالسفينة وبحمولتها. فالقرض في هذه الحالة يتحمل مخاطر السفينة مع مجهزها. فإذا هلكت السفينة، ضاع عن المقرض مبلغ القرض أي خسره؛ أما إذا عادت السفينة سالمة فإن المقرض يستوفي مبلغ القرض ومعه فائدة معتبرة أي أرباح هامة Un profit important فيشمل هذا العقد على خصائص منها.

1 ـــ هو عبارة عن مشاركة أو تجمع Une assocition لأن المقرض فيه يشارك أو يساهم في العملية كالشريك الموصي.

2 ـــ يعتبر قرضا لأن بفضل القرض يستطيع مجهر السفينة القيام برحلته.

3 ـــ يعتبر تأمينا لأن مجهز السفينة قبل أن يقوم برحلته يتلقى مبلغا من المال يقية من خطر الطريق، إلا إذا عادت السفينة سالمة، فإن مجهزها يلتزم في هذه الحالة برد مبلغ القرض.

إذن، فهو عبارة عن عقد تأمين يقوم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين قبل وقوع الخطر. فهو عقد تأمين عكسي أي يختلف عن عقد التأمين المعروف في وقتنا الحاضر، والذي لا يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين الا بعد وقوع الخطر للسفينة وليس قبله [1]

4 ـــ كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية:

إن التأمين البحري له مركز بالغ الأهمية لأن من النادر أن تسافر سفينة أو تنقل بضاعة عن طريق البحر دون أن يقوم أصحابها بالتأمين عليها تحصنا من المخاطر وطلبا في الأمن والضمان.

ويعرف عقد التأمين البحري بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بتعويض شخص اخر يسمى المؤمن له عن الضرر الناشيء عن خطر بحري في نظير قسط معين [2].

---

(1) René Rodière ... le droit marit... presses univer sit... de France ... p.29 et 30

(2) مصطفى كمال طه ... القانون البحري ... منشأة المعارف بالإسكندرية 1974 ص 441.

والتأمين البحري هو حق عيني تبعي ينشأ عن السفينة، فهو يشملها ويشمل جميع التفرعات الضرورية لاستثمارها لأنها جزء من السفينة.

كما يطبق التأمين على مختلف أنواع السفن بغض النظر عن الغاية التي خصصت لها أي سواء كانت سفن نقل أو سفن صيد أو سفن نزهة.

وعقد التأمين يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه بل أن كل عقد بحري يعد كذلك كعقد الضمان البحري أو عقد النقل البحري وهذا حسب مفهوم النص القانوني.

5 ــ كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم:

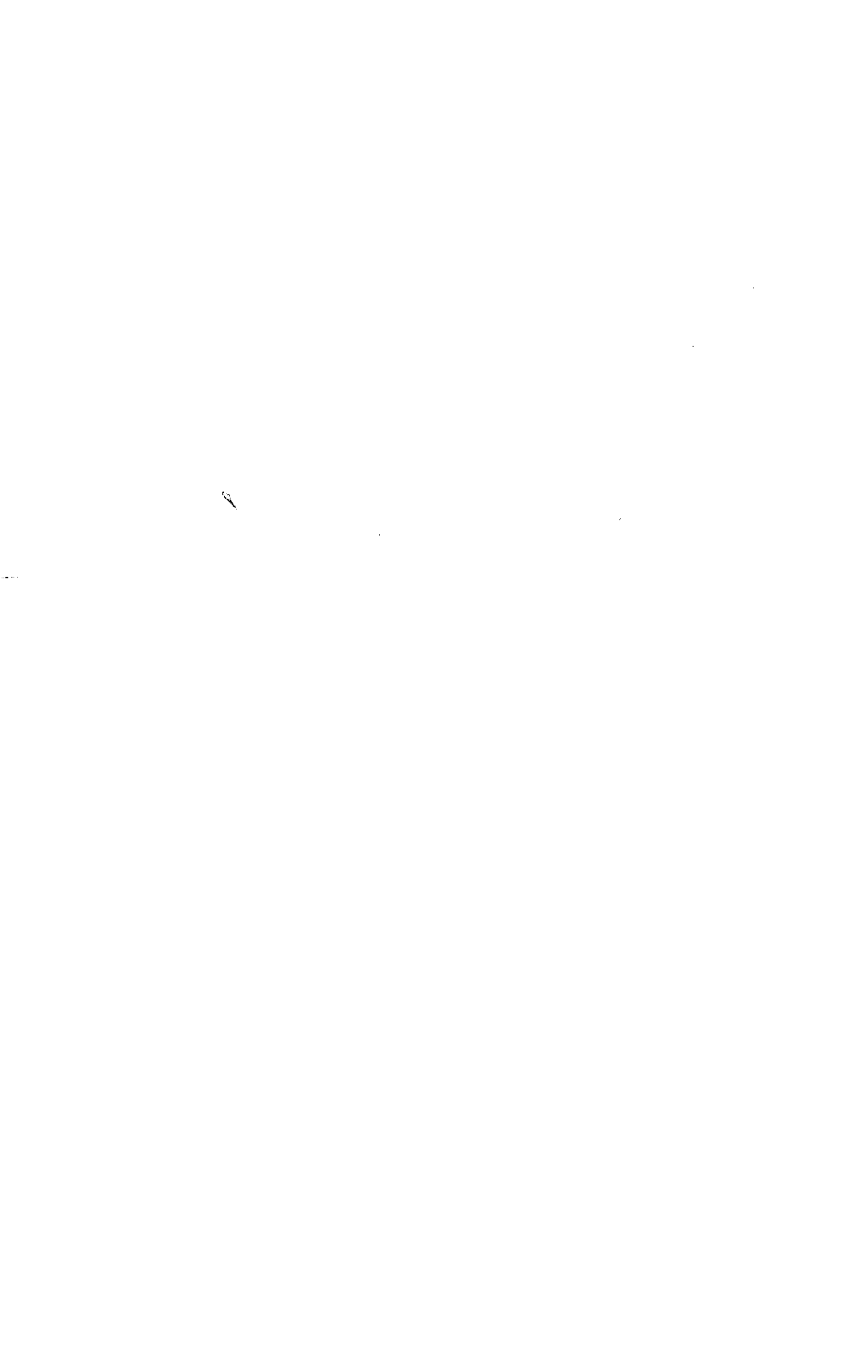
يقوم طاقم السفينة بأداء خدمة على متنها. ومقابل هذه الخدمة يتقاضى أجرة يلتزم مجهر السفينة يدفعها له وفقا لما جاء في العقد. وإذا لم تحدد في العقد يجب مراعاة العرف المحلي في ذلك. ومهما كانت الأجرة يجب ألا تقل عن الحدود التي تفرضها قوانين العمل، لأن هذه الحدود الدنيا تعتبر من النظام العام. وقد تحدد أجرة الطاقم إما باليوم أو بالأسبوع أو الشهر، كما قد تحدد بالرحلة أو بنسبة معلومة من أرباح الرحلة وغير ذلك من الأساليب.

إذن فالعقد أو الاتفاق الذي يتم بين مجهز السفينة وطاقمها والذي يكون موضوعه أجر الطاقم يعد عملا تجاريا في نظر المشرع الجزائري. كما يعد عملا تجاريا تأجير الطاقم لسفينة أخرى وقد يتم تأجير الطاقم بين موانىء تتعدى حدود الدولة أي موانىء أجنبية، في هذه الحالة كل الاتفاقيات التي يكون موضوعها تأجير الطاقم أو تحديد أجوره يعد عملا تجاريا.

6 ــ كل الرحلات البحرية:

كل رحلة بحرية يقوم بها مالك السفينة أو مستأجرها قصد نقل البضائع أو نقل الأشخاص سواء توفرت فيها المضاربة أو لا مثل الرحلات التي تتم قصد النزهة والتي يطلق عليها ملاحة النزهة، فإنها تعد عملا تجاريا في نظر المشرع الجزائري لأن الفقرة الأخيرة جاءت عامة ولم تميز بين الرحلات التجارية البحرية

التي تتوفر على جزء كبير من الربح والمضاربة وبين رحلات النزهة والتمتع والتي تقوم بها سفن خاصة تسمى Les bateaux de plaisance ونعتقد أن المشرع الجزائري أحسن في موقفه هذا، لأن في ملاحة النزهة لا شك أن صاحب السفينة يجني من خلالها نصيبا لا يستهان به من الربح والمضاربة.



الفصل الثانى

الأعمال الشخصية أو الأعمال التجارية بالتبعية



أن نظرية الأعمال التجارية لا تقتصر على الناحية الموضوعية فحسب، كي يعتبر العمل تجاريا، بل تتوسع في ذلك وتضفى الصفة التجارية على أساس شخصي محض استنادا إلى صفة الشخص القائم بالعمل، وحقيقة الأمر هي أن هذا العمل يعد مدنيا بطبيعته نظرا لكونه يخرج عن التعداد القانوني للأعمال التجارية التي أوردتها المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري، بحيث لو صدر مثل هذا العمل من شخص غير تاجر، لاحتفظ بصفته المدنية البحثة غير أنه بما أن هذا العمل يقوم به التاجر لشؤون تتعلق بتجارته، فقد أصبح هذا العمل تابعا لهذه الشؤون وبالتالي، فهذه التبعية أكسبته الصفة التجارية.

فمصدر تجارية هذا العمل لايكمن في طبيعته، وإنما يكمن في حرفه القائم به، كشراء التاجر الأثاث أو الدفاتر لمحله التجاري أو شراء الزيت والفحم للالات الخ....

وهذه النظرية أي نظرية الأعمال التجارية بالتبعية من خلق الفقه و القضاء اللذين وسعا في دائرة العمل التجاري فأصبح يوجد إلى جانب الأعمال التجارية بطبيعتها أعمال أخرى اكتسبت الصفة التجارية استنادا إلى الشخص القائم بها.

ولقد أطلق عليها الأعمال التجارية النسبية RELATIFS أو الذاتية أو الشخصية(1) تمييزا لها عن الأعمال التجارية الموضوعية ولقد أقام القضاء قرينه لصالح من يتعامل مع التاجر، مفتضاها أن كل ما يقوم به التاجر من أعمال خارجه عن الأعمال التجارية التي ذكرها القانون تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية فتخضع لأحكام القانون التجارى من حيث الاثبات والاختصاص الخ....

---

(1) ـ على حسن يونس المرجع السابق - ص 145.
وأنظر أيضًا حسين النوري ص 55.

إذ يفترض أن التاجر قام بها لحاجات تجارية وتسمى قرينة التجارية La Présomption de commercialité (1) ولكنها قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس إذ يستطيع التاجر أن يثبت أن العمل المدني الذي قام به لم يكن متعلقا بتجارته فيخضع حينئذ لاحكام القانون المدني.

إذن تضفي الصفة التجارية على جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر و تكون متعلقة بشؤون تجارته أو الغرض من ذلك هو تطبيق نظام قانوني موحد على جميع الأعمال التي تصدر عن التاجر. ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الأعمال في المادة 4 من التقنين التجاري الجزائري بقوله «يعد عملا تجاريا بالتبعية: الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره الالتزامات بين التجار».

وهكذا يتضح من خلال هذا النص الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبيعيه.

---

(1) Juris-Classeur Droit Commercial fasc. 36 n° 34.

وأنظر أيضًا فريد العريني المرجع السابق - ص 129.

وأنظر أيضًا أكثم أمين الخولي المرجع السابق - ص 192

المبحث 1

ـ شروط النظرية:

المطلب 1 ـ ضرورة اكتساب صفة التاجر:

تعرضت لهذه الشروط المادة الأولى من التقنين التجاري الجزائري بقولها: «يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا، ويتخذه حرفة معتادة له».

إذن كل من يباشر الأعمال التجارية على وجه الإمتهان يعد في نظر القانون تاجرا. و تثبت هذه الصفة بكافة طرق الأثبات.

المطلب 2 ـ ارتباط العمل بالمهنة التجارية:

لا يكفي لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية، أن يصدر من التاجر فحسب بل يجب أن يرتبط بحرفته التجارية. أي أن الصفة التجارية لا تثبت الا لاعمال التاجر التي تتعلق بتجارته. فاذا انتفى هذا الارتباط، بقى العمل محتفظا بطابعه المدنى نظرا لانقطاع الصلة بالتجارة.

كما لو كان مرتبطا بحياة التاجر الخاصة أو بنشاطه غير التجاري، وقد أثير التساؤل حول تحديد المقصود بارتباط العمل بالحرفه التجارية و مدى هذا الارتباط (1)، فذهبت محكمة النقض البلجيكية في حكم لها صادر في 10 أكتوبر 1895، وتابعتها في ذلك بعض المحاكم البلجيكية الى ضرورة توافر تحقيق الربح حتى يمكن القول بأن هناك ارتباطا بين العمل والحرفة التجارية بمعنى أن العمل لا يتعلق بالمهنة التجارية، ولا يكتسب الصفة التجارية حتى وفقا

(1) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 129.

لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، الا إذا كان مقترنا بقصد تحقيق الربح، لكن هذه الأحكام انتقدت من طرف الفقه البلجيكي لأنها تؤدي إلى أنعدام الفائدة المرجوة من نظرية الأعمال التجارية بالتبعية.

أما الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر، فقد استقرا على الاكتفاء بالقيام بارتباط مادي بين العمل والحرفة التجارية حتى يصبح هذا العمل تجاريا بالتبعية الشخصية. فلا يشترط أن يكون مرتبطا بنية تحقيق الربح.

المبحث 2 ـ
أساس نظرية الأعمال التجارية بالتبعية:

المطلب1 ـ : الأساس المنطقي:

فالمنطق يقتضي أساسا أن تضفى الصفة التجارية على كل الأعمال التى تتبع مهنة التجارة حتى تكون الحياة التجارية وحدة لا تتجزأ يخضع فيها العمل الأصلى، والعمل التبعى لنظام قانوني واحد تطبيقا للمبدأ القائل: بتبعية الفرع للأصل في الحكم(1) ACCESSORIUM SEQUITUR PRINCIPALE وهذا المبدأ أو الأساس المنطقي يتضمن فوائد هامة تتفق مع الدعائم التي تقوم عليها الحياة التجارية من ناحية، و تكفل للمتعاملين مع التجار حماية أكيدة من ناحية أخرى وكما قال الأستاذ على البارودي: «أن النشاط القانوني والعملى للتاجر ضخم ومعقد وتختلط فيه الأعمال ذات الصفة التجارية الواضحة بالأعمال المدنية التي يقوم بها، الارتباط بالنشاط التجاري، ولا معنى لأن يبحث القضاء في هذا النشاط المتشعب، لكي يطبق القانون التجاري مرة والقانون المدني مرة أخرى خاصة وأن الهدف الأخير، حتى في الأعمال المدنية هو خدمة النشاط التجاري ومن الأفضل اذن أن يطبق القانون التجاري على عناصر هذا النشاط.

المطلب 2 ـ الأساس القانوني:

يكمن في نص المادة 4 من التقنين التجاري الجزائري التي تنص على أنه يعد عملا تجاريا بالتبعية: الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره: الالتزامات بين التجار».

وقد توحى الفقرة الأخيرة بأنه يشترط لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية، أن يتم بين تاجرين. غير أن كلا من الفقه و القضاء في مصر وفي فرنسا قد استقرا على الاكتفاء بأن يكون أحد طرفى الالتزام تاجرا. حتى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة اليه، بينما الطرف الثاني يبقى محتفظا بصفته المدنية.

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق ص 130 و 131.

المبحث 3

- نطاق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية:

في ظل نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، يتحول العمل المدنى إلى عمل تجارى بالتبعية. متى قام به التاجر، وكان متعلقا بتجارته، مثل شراء التاجر سيارات لايصال البضاعة إلى العملاء أو التنقل بين الأسواق بقصد دراسة أحوال السلع أو التأمين على المحل التجارى ضد مخاطر الحريق الخ....

أما الأعمال المدنية التي يباشرها التاجر باعتباره شخصا عاديا، كالزواج والطلاق، وشراء الأثاث لمنزله أو التأمين لمصلحة زوجته أو أولاده فكل هذه الأعمال تخرج عن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية.(1)

فبسط نطاقها على العلاقات غير التعاقدية ولم يقصرها على الالتزامات التعاقدية فحسب. ولعل هذا ما يؤكده نص المادة 4: «يعد عملا تجاريا بالتبعية الأعمال والالتزامات التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره» ويفهم من كلمة الأعمال التى جاءت في النص: أن الأعمال قد تكون أعمالا مادية أو قانونية ناشئة عن التزام تقصيرى أو تعاقدي. لهذا ، فإن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية تشمل ما يلي:

المطلب 1 - الالتزامات التعاقدية:

فجميع العقود التي يبرمها التاجر بمناسبة تجارته أو لحاجاتها تضفي عليها الصفة التجارية بالتبعية، رغم أنها في الأصل ذات طابع مدني يستثنى من ذلك عقد الكفالة: فقد نصت المادة 644 من التقنين المدنى الجزائري على «أنها» عقد بكفل بمقتضاه، شخص تنفيذ ألتزام، بأن يفى بهذا التزام، إذا لم يف به،

---

(1) Juris-classeur fasc 36 n° 23.

المدين نفسه. وبما أن عقد الكفالة من عقود التبرع لأن الكفيل يقوم بتقديم خدمة مجانية للمكفول. وبما أن التجارة ليست من أعمال التبرع، فان الكفالة تبقى محتفظة بالطابع المدنى سواء، كان الكفيل عاديا أو متضامنا بدليل المادة 651 من التقنين المدنى الجزائري تنص على ما يلي: «تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا، ولو كان الكفيل تاجرا»

غير أنه إذا كانت القاعدة في الكفالة أنها عقد مدني، فان الفقرة2 من المادة 651 تورد استثناءا يرد على هذه القاعدة يتمثل في أن الكفالة تفقد طابعها المدنى، وتصطبغ بالطابع التجاري في حالة ما إذا تعلقت بضمان أوراق تجارية ضمانا احتياطيا(1) أو تعلقت بتظهير هذه الأوراق. و تتصف بالتجارية كل كفالة صدرت عن مصرف كأن يقوم المصرف بكفالة أحد عملائه مقابل عموله(2) وهذا استنادا إلى نص المادة 2 الفقرة 14 من التقنين التجاري الجزائري التي تنص على أنه «يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع، كل عملية مصرفية».

ويتجه القضاء (3) إلي اعتبار الكفالة عملا تجاريا بالتبعية إذا كان الكفيل تاجرا وباشرها لمصلحة تجارته، كما لو كان الكفيل شريكا للمدين الأصلى، ودفع الدين عنه للابقاء على تجارته، حتى يدرا عنه خطر الا فلاس الذي ينشأ عنه خسارة محققة، للكفيل ذاته. فالكفالة في هذه الحالة لاتنطوى على نية التبرع، بل المقصود بها أن يحافظ الكفيل على مصالحه.

---

(1) ـ إذا تمت الكفالة على ورقة تجارية بقصد ضمان أحد الموقعين عليها، تسمى بالضمان الاحتياطي، أنظر أكثم أمين الخولي المرجع السابق - ص 154 وعلى حسن يونس المرجع السابق - ص 153 وأنظر أيضًا Juris - Classeur Fase 36 No 51.

(2) حسين النوري المرجع السابق - ص 58 وأنظر أيضًا سميحة القيلوبي المرجع السابق - ص 97

(3) على حسن يونس المرجع السابق - ص 153.

2 ـ عقد العمل: عقد العمل يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الأخر وتحت ادارته أو اشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر. فعقد العمل الذي يبرمه التاجر مع عماله أو مستخدميه يعتبر عملا مدنيا بالنسبة اليهم، ذلك لأنه استغلال لنشاطهم وجهودهم ولكن ماهي طبيعة هذا العقد بالنسبة لرب العمل التاجر، فهل يعد عملا مدنيا أو عملا تجاريا بالتبعية؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بان عقد العمل يبقى محتفظا بطابعة المدنى بالنسبة لرب العمل على أساس أن العلاقات القانونية بين التاجر وعماله تخضع لانظمة قانونية مستقلة عن القانون التجاري. ولكن غالبية الفقه ترى أن عقد العمل بالنسبة لرب العمل تضفى عليه الصفة التجارية ، وهذا استنادا إلى نظرية التجارية بالتبعية.(1)

3 - العقود المتعلقة بالعقارات: أن جميع التصرفات المتعلقة بالعقار تعتبر من قبيل الأعمال المدنية، لكن إذا صدرت هذه الأعمال عن تاجر فتعتبر أعمالا تجارية بحسب الموضوع استنادا إلى نص المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري الذي يعتبر عملا تجاريا كل شراء للعقارات لاعادة بيعها. أما إذا انصب التعاقد على العقار بقصد مباشرة التجارة، أو تعاقد التاجر مع مقاول على ترميم المحل التجاري(2) فان التزام التاجر في هذه الحالة يكون متعلقا بالتجارة، وبالتالي يعد من ضمن الأعمال التجارية بالتبعية، وكذلك إذا أتفق التاجر مع أحد المقاولين على توريد الأدوات اللازمة لبناء مصنع أو لتوسيع المحل التجاري، فان التزام التاجر بالوفاء بقيمة هذه الأدوات يعد عملا تجاريا بالتبعية.(3)

---

(1)- Juris - Classeur Droit Commercial : fasc. 36 N 37. وأنظر أيضًا حسين النوري المرجع السابق – ص 58 وأنظر أيضًا على حسن يونس المرجع السابق – ص 154.

(2) - Juris - Classeur Droit, commercial fasc 36 N 39

(3) ـ علي حسن يونس المرجع السابق – ص 155.

عقد القرض: يعد القرض عملا مدنيا سواء بالنسبة للمقرض أو المقترض، غير أن القرض بالنسبة للمصرف يعد عملا تجاريا بطبيعته لأنه يدخل ضمن عمليات الصرف التي تنص عليها المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري. ولكن قد يكون القرض عملا تجاريا بالتبعية وهذا في فرضين: إذا كان المقترض تاجرا واقترض مبلغا من النقود لحاجات تجارته، ففي هذه الحالة يعد عملا تجاريا بالتبعية، وكذلك إذا كان المقترض غير تاجر و اقترض مبلغا من النقود ليقوم بعمليات تجارية كالمضاربة في البورصة. (1)

المطلب 2 ـ الالتزامات غير التعاقدية:

أن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، لاتقتصر على الالتزامات التعاقدية فحسب، بل تشمل أيضًا الالتزامات غير التعاقدية أي الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية، وهذا استنادا إلى عموم نص المادة 4 من التقنين التجاري الجزائري.

لقد تردد القضاء في كل من فرنسا ومصر في تطبيق نظرية التجارية بالتبعية خارج دائرة العقود لأن صلة الالتزامات غير التعاقدية بمباشرة التجارة، أقل وضوحا من صلة الالتزامات التعاقدية، غير أن القضاء انتهى إلى تطبيقها على الالتزامات غير التعاقدية استنادا الى غموض النصوص (2). التي تقضى باعتبارها الالتزامات التي تتم بين التجار عملا تجاريا، ويقصد بالالتزامات، تلك التي تنشأ عن العقد أو عن الفعل الضار، ومن ثم فاذا التزم التاجر بالتعويض استنادا الى المسؤلية التقصيرية في حالة ارتكابه خطأ عمديا أو غير عمدي اثناء ممارسة نشاطه التجاري، أو بمناسبته، كانتحال اسم تجاري، أو تقليد علامه

---

(1) ـ حسين النوري المرجع السابق - ص 60.

(2) ـ أكثم أمين الخولي المرجع السابق - ص 199 و 200 وهامش ص 190 و أنظر أيضًا المرجع السابق. Hamel P. 208 NO 178.

تجارية فان التزامه يعد عملا تجاريا بالتبعية. و كالتزامه بالتعويض عن الحوادث التي تقع من عماله أو اتباعه اثناء تأدية وظائفهم أو بسببها ، أو عن الأضرار التي تحصل أو تقع من الأشياء التي يستخدمها في شؤون تجارته أو الحيوانات التي تحت حراسته، و يعتبر التزام التاجر بتعويض الضرر الناتج من هذه الأخطاء عملا تجاريا بالتبعية متى وقع أثناء ممارسة المهنة التجارية أو بسببها. وقد طبق الفقه والقضاء نظرية التجارية بالتبعية على أعمال الفضالة ودفع غير المستحق، كما لو تسلم تاجر مبلغا يزيد على ثمن البضاعة التي باعها ، فان التزامه برد مازاد على الثمن يعتبر تجاريا بالتبعية، إذ يلتزم برد المبلغ الزائد على الثمن لأنه غير مستحق، و التزامه برد غير المستحق، يعتبر عملا تجاريا بالتبعية لانه متصل بالشؤون التجارية.(1) كذلك التزام التاجر برد ما صرفه الفضولي بمناسبة أعمال تتعلق بتجارة رب العمل، كما لو تدخل الفضولي ليدفع عن التاجر دينا أو ليضمنه حتى لا يشهر افلاسه.(2)

(1) ـ أنظر حسين النوري المرجع السابق - ص 63.
(2) أنظر محمد فريد العريني المرجع السابق - ص 138.

الفصل الثالث

الأعمال التجارية بحسب الشكل

تنص المادة 3 من القانون التجاري، على أنه يعد عملا تجاريا بحسب شكله:

- التعامل بالسفتجه بين كل الأشخاص
- الشركات التجارية
- وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها
- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية
- كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية أو الجوية.

ونتعرض لكل هذه الأعمال التي تعد في نظر المشرع تجارية بحسب الشكل في مباحث مختلفة.

المبحث 1
السفتجة

تعود تسمية السفتجة إلى أصل فارسي[1]. وكان يطلق عليها كلمة سفته أي الشيء المحكم. وقد نقلها العرب والمسلمون عن الفرس واعطوها تسمية سفتجة. فكانوا يصفون الكتب بأنها سفاتج إذا راجت رواج السفتجة، وحليا يطلق عليها في مصر كمبيالة للعبارة الإيطالية Furadi Cambio ومعناها في الإيطالية ورقة الصرف وهي ورقة ثلاثية الأطراف تتضمن امرا صادرا من شخص يسمى الساحب الى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع لإذن شخص ثالث هو المستفيد أو الحامل مبلغا معينا من النقود بمجرد الاطلاع أو في معياد معين أو قابل للتعيين. وبما أن السفتجة هي أداة إئتمان، فان المستفيد لا يحتفظ بها الى حلول أجلها بل يقوم بتظهيرها أي تحويلها الى شخص آخر يسمى الحامل ويقوم هذا الأخير بتظهيرها الى أن تستقر في يد الحامل الأخير الذي يقدمها الى المحسوب عليه للوفاء بقيمنها[2] . ولقد اعتبر المشرع الجزائري السفتجة عملا تجاريا وإذن فكل العمليات الواردة عليها من سحب وقبول أو تظهير أو ضمان أو وفاء، تعتبر عملا تجاريا صدرت من تاجر أو غير تاجر باستثناء القاصر، إذ أن المادة 393 من القانون التجاري تنص بصدده على مايلي: "أن السفتجة التي توقع من القصر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 191 من القانون المدني" وترمي هذه المادة الى حماية القاصر من القواعد الصارمة التي يمتاز بها القانون التجاري كنظام الافلاس الذي تنجم عنه آثار قاسية وجزاءات متنوعة. لذا استبعد المشرع اعتبارا السفتجة التي تحرر من طرف القاصر عملا تجاريا وانما يمكن اعتبارها كسند عادي.

---

(1) انظر مؤلفانا في الأوراق التجارية في القانون الجزائري الصادر عن دار هومة للنشر والتوزيع سنة 2001 ص 18.

(2) حسين النوري المرجع السابق ص 33، وانظر ايضا احمد محرز المرجع السابق، ص 90. وانظر أيضا محمد فريد العريبي المرجع السابق، ص 89 و 88.

المبحث 2 ـ

الشركات التجارية:

«الشركة عقد يتم بين شخصين أو أكثر بقصد القيام بعمل مشترك وتقسيم ما ينتج عنه من ربح أو خسارة، غير أن عقد الشركة ليس كغيره من العقود أذ يترتب عليه نشوء شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي مستقل عن شخصية الأشخاص الذين قاموا بتكوينه، وقد قضى المشرع التجاري في المادة 2ف 3 باعتبار الشركات عملا تجاريا بحسب الشكل. كما قضت المادة 544 من نفس القانون والتي عدلت فقرتها الثانية بالمرسوم التشريعي رقم 93 - 08 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري والتي تقضي مايلي: «تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها.» ويستخلص من هذا النص ان الطابع التجاري للشركة يتحدد بشكلها أو بموضوعها، إذ تعد الشركة تجارية بمجرد اتخاذ شكل من الأشكال التي نص عليها المشرع وهذه الأشكال هي شركة التضامن وشركة التوصية، وشركة المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، وهذا مهما كان موضوع الشركة وبالنص على هذه الأنواع من أشكال الشركات، حسم المشرع الجزائري الخلاف الفقهي حول طبيعة الاكتساب في أسهم شركة المساهمة أو التصرفات التي يقوم بها الشريك أو في الأحوال التي تكون فيها مسؤولية الشريك محدودة. وعلى ذلك فإن نص المادة 8 يؤكد بكل وضوح تجارية كل ما يتعلق بعقود الشركات التجارية(1).

(1) ـ أنظر سميحة القيلوبي المرجع السابق ـ ص 94

ونشير في الأخير إلى أن المرسوم التشريعي المشار إليه أعلاه، قد أضاف في مادته العاشرة شكلا آخر من أشكال الشركات التجارية، وهذا في فصل رابع مكرر من الكتاب الخامس من الأمر رقم 75-59 في 26 سبتمبر سنة 1975 وذلك تحت عنوان " شركة المحاصة " حيث نصت المادة 795 مكرر: " يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية." أما أمر رقم 96-27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق 9 ديسمبر سنة 1996 المعدل والمتمم للقانون التجاري الصادر سنة 1975، فقد تعرض هو الآخر في الفصل الثاني لنوع جديد من الشركات التجارية وهي الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي تقوم على فكرة الرجل الواحد، فقد نصت المادة 13 منه والتي تعدل وتمم المادة 564 من القانون التجاري على ما يلي: " تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص. إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخصا واحدا كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة.

يفصح هذا النص خروج المشرع الجزائري عن مبدأين أساسيين كان قد تبناهما في القانون المدني الصادر سنة 1975 ويتمثلان في:

1 ــ كان المشرع يعتبر الشركة عقدا. فهي لا تقوم إلا بتوافق إراديتين فأكثر وهذا استنادا إلى نص المادة 416 من التقنين المدني الذي يقضي بأن " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة

هذا ولم يكتف الأمر السالف الذكر بهذه الأنواع من الشركات وإنما نعرض لنوع آخر من الشركات وأطلق عليها إسم الشركة القابضة la Société Holding، وهذه ليست بشكل قانوني خاص من أشكال الشركات التجارية وإنما هي عبارة عن شركة تجارية لها اسمها في شركة أو شركات أخرى تتمتع بنفس الشكل التجاري أو أي شكل آخر، وتملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمالها بحيث يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة[1]. الأمر الذي يمنحها حق الرقابة على نشاط هذه الشركة أو الشركات بل وأيضا حق التسيير.

لذا فالشركة القابضة هي عبارة عن تنظيم خاص للنشاط الاقتصادي أو بعبارة أخرى فهي تنظيم خاص بتمويل الاستثمار. لكن هذا التنظيم الاقتصادي قد تم إلغاؤه بموجب أمر رقم 01-04 مؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422هـ الموافق لـ 20 غشت سنة 2001م والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها والذي نصت المادة 40 منه على ما يلي: "يتم حل الشركات القابضة العمومية من قبل جمعياتها العامة غير العادية في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور هذا الأمر.

ويكلف القائمون بالتصفية المعينون من الجمعيات العامة غير العادية للشركات القابضة العمومية بالقيام باجراء تحويل أموال وحقوق وسندات الشركات القابضة العمومية المحلة باعتبار قيمتها عند اختتام الحساب، لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية المذكورة في المادة 41 أدناه.

تعفى كل العقود والمستندات والوثائق المعدة في هذا الاطار من كل الحقوق والرسوم".

تلك هي أنواع الشركات التي تبناها المشرع الجزائري. وتفصيلاتها سوف تخصص لها دراسة مستقلة ومنفصلة عن الأعمال التجارية.

---

(1) المادة 731 من القانون التجاري.

المبحث 3:

وكالات ومكاتب الاعمال مهما كان هدفها.

يقصد بها تلك الوكالات ومكاتب الأعمال التي يقوم فيها الأشخاص بأداء شؤون الغير مقابل آجر يحدد بمبلغ ثابت يتم الاتفاق عليه مسبقا أو يحدد بنسبة مئوية من قيمة الصفقة التي تتوسط الوكالات والمكاتب لابرامها ويختلف نشاط هذه الوكلات والمكاتب بحسب الأعمال التي تقوم بها ومثالها مكاتب التخديم ووكالة الأنباء والاعلان ومكاتب السياحة والوساطة في الزواج الخ....(1) ويلاحظ اصطلاح الوكلات والمكاتب اصطلاح واسع يشمل كل الأعمال التي تتضمن مضاربة على أعمال الغير أو التوسط في أتمام الصفقات ايا كانت طبيعتها حتى لو كانت تقوم بنشاط مدني(2) ولقد اضفى عليها الصفة التجارية وهذا نظرا للشكل والتنظيم الذي تتخذه للقيام باعمالها على وجه الاحتراف للمضارية وجني الربح، فضلا عن أن المشرع راعى حماية الجمهور الذي يتعامل مع اصحاب هذه الوكالات والمكاتب فاخضعها لقواعد القانون التجاري حتى يمكن شهر افلاسها في حالة عجزها عن اداء خدماتها.

---

(1) ـ أنظر حسن النوري المرجع السابق - ص 47.
(2) ـ أنظر سميحة القيلوبي المرجع السابق - ص 90

المبحث 4 ـ

العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية:

المحل التجاري هو مجموعة من الاموال المادية والمعنوية مثل البضائع والاسم التجاري والشهرة التجارية والاتصال بالعملاء وبراءة الاختراع الى غير ذلك، أي هو عبارة عن وحدة مستقلة قانونا يستند اليها التاجر لمباشرة تجارته. وطبقا لما نص عليه المشرع، فإن أى تصرف يرد على المحل التجاري من بيع أو شراء أو رهن أو تأجير يعد عملا تجاريا سواء ورد التصرف على المحل باعتباره وحدة مستقلة أو ورد على احد عناصره المكونة له كأن يرد التصرف مثلا على البضائع أو براءة الاختراع.

المبحث 5 ـ

العقود التجارية الواردة على التجارة البحرية أو الجوية

تنص المادة 5/3 من القانون التجاري على مايلي: "يعد عملا تجاريا بحسب شكله.

كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية".

فاستنادا الى هذا النص، تعد العقود المتعلقة بالتجارة البحرية او الجوية عملا تجاريا بحسب شكله. وعلى هذا الأساس فالعقود الواردة على انشاء السفن او شرائها أو بيعها أو تأجيرها طالما كانت السفن معدة للملاحة التجارية أي انها تدخل في نطاق الاستغلال التجاري لجني الربح.

وجاءت المادة 4/4 من الأمر رقم 96-27 الصادر في 96 والتي عدلت المادة 2 من القانون التجاري الصادر في سنة 1975 والتي تنص على أنه : " يعد عملا تجاريا حسب موضوعه ..." فأكدت أي المادة 4/4 من الأمر على خضوع العقود المتعلقة بالتجارة البحرية لأحكام القانون التجاري بدليل نصها على ما يلي : " كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية."

والعقود الأخرى حسب تعبير المشرع الجزائري قد تكون عقود النقل البحري أو عقود الضمان البحري أو عقود التأمين البحري أو أي عقد آخر يتعلق بالتجارة البحرية.

فإذا أخذنا بالتعبير اللفظي للنص نجد أن الصفة التجارية أضفت على العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية دون المصادر الأخرى والمنشأة للالتزام كالإرادة المنفردة والفعل الضار المنشئ للمسؤولية التقصيرية أما إذا أخذنا بالتفسير الموضوعي لفحوى النص، فالفقه متفق على أن الصفة التجارية تمتد إلى كافة الالتزامات التي تنشأ عن هذه التجارة سواء كان مصدرها التصرف القانوني أو الفعل الضار[1] .

---

1) أحمد محرز المرجع السابق ص 68 .

كما يلاحظ على هذا النص أنه أدخل جميع العقود المتعلقة بالتجارة البحرية ضمن زمرة الأعمال التجارية بحسب الموضوع في حين أن المادة 3 من القانون التجاري الصادر في سنة 1975 تعتبر مثل هذه الأعمال أعمالا تجارية بحسب الشكل.

لذا نرجو من مشرعنا تفادي مثل هذا الخلط الذي يؤدي إلى اللبس والغموض وفضلا عن ذلك تضيق المادة 4 من الأمر الصادر في سنة 1996 في فقرتـــها الأخـــيرة :" يعـــد عملا تجـــاريا حسب موضـــوعه.

كل الرحلات البحرية."

والرحلة البحرية يقوم بها مالك السفينة أو مستأجرها قصد نقل البضائع أو نقل الأشخاص وهذا يتم وفق عقد يتم بين الناقل والمنقول. وتحتوي عادة هذه الرحالات على نصيب وافر من المضاربة والربح لاسيما بالنسبة للناقل لذا لم يستثن المشرع الرحلات التي تتم قصد النزهة والتي يطلق عليها ملاحة النزهة، فإنها تعد عملا تجاريا في نظر المشرّع الجزائري لأن الفقرة الأخيرة جاءت عامة ولم تميز بين الرحلات التجارية البحرية التي تـــتوفر عـــلى جزء كـــبير مـــن الربـــح والمضـــاربة وبين رحلات النزهـــة والتـــمتع، والتـــي تـــقوم بـــها ســـفن خـــاصة تســـمى Les bateaux de plaisance ونعتقد أن المشرع الجزائري أحسن في موقفه هذا، لأن في ملاحة النزهة لاشك أن صاحب السفينة يجني من خلالها نصيبا لا يستهان به من المضاربة والربح .

ونفس القول يصدق على العقود المتعلقة بالتجارة الجوية كشراء الطائرات أو تجهيزها أو نقل البضائع أو الأشخاص بواسطتها الخ.....



الفصل الرابع

الأعمال التجارية المختلطة:

لا تعتبر الاعمال التجارية المختلطة، فئة جديدة أو مستقلة عن الأعمال التجارية تقوم بحد ذاتها، وإنما هي تدخل في الأعمال التجارية التي سبق ذكرها، ولكن يطلق عليها اصطلاح الأعمال التجارية المختلطة نظرا لكونها تتصف بالتجارية، بالنسبة لأحد أطراف التصرف سواء كان العمل بسبب الموضوع أو بالتبعية، بينما تتصف بالمدنية بالنسبة للظرف الثاني.

ولقد انتقد الفقه[1] اصطلاح الأعمال التجارية المختلطة، لأنه قد يفهم منه أنها تشكل طائفة من الأعمال قائمة بذاتها، الى جانب الأعمال التجارية، في حين أن هذا غير صحيح لأن العمل أما أن يكون مدنيا أو تجاريا فحسب، غير أن الأعمال التجارية المختلطة سميت كذلك، لأنها تعتبر من طرف تجاريه ومن طرف آخر مدنية، مثال ذلك عقود العمل التي يبرمها التاجر، أو شراء التاجر محصولا من مزارع بقصد اعادة بيعها. والجدير بالذكر، أنه لا يلزم وقوع العمل بين تاجر وغير تاجر، بل يعد العمل تجاريا مختلطا، لا بصفة كل طرف من أطراف العمل، بل بصفة العمل بالنسبة لكل من طرفيه.

---

(1) المرجع السابق رقم 311 Geoiges Ripert

المبحث 1 ـ

ـ النظام القانوني للأعمال التجارية المختلطة:

ظهرت من الناحية الواقعية صعوبات حول تحديد النظام القانوني الذي يحكم الأعمال التجارية المختلطة. وذلك بسبب عدم اخضاعها لنظام قانوني موحد تجاريا كان أو مدنيا. لأن في تغليب أحد النظامين على الأخر اهدارا لقوته الملزمة. لذا يقتضى المنطق الأخذ بنظام مزدوج مقتضاه تطبيق أحكام القانون التجارى على من يعتبر العمل بالنسبة اليه تجاريا، و تطبيق أحكام القانون المدنى على من يعتبر العمل بالنسبة اليه مدنيا. ويتجلى ذلك في المسائل التالية.(1)

المطلب 1 ـ الأختصاص القضائي:

طبقا للقاعدة العامة يرجع الأختصاص إلى محكمة المدعى عليه. وذلك استنادا إلى القاعدة التى تقضى بأن الدين مطلوب وليس محمولا. و تبعا لذلك، فان الأختصاص في الأعمال التجارية المختلطة يعود للمحكمة المدنية أ والتجارية بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه. فان كان العمل بالنسبة اليه مدنيا، فما على المدعى الا الالتجاء إلى المحكمة المدنية باعتبارها محكمة المدعى عليه، أما إذا كان العمل تجاريا بالنسبة اليه، فما على المدعى الا أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية، وأن كان القضاء قد سمح له بالالتجاء إلى المحكمة المدنية، أي منحه الخيار في رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية

(1) ـ سميحة القيلوبي المرجع السابق - ص 98.

للمدعى عليه. وهذا بقصد تجنيب الطرف المدني. الوقوف أمام قضاء لم يألفه. ولكن الملاحظ أن هذا الخيار لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز للطرف المدني، أن يتنازل عنه و أن يرفع دعواه إلى احدى المحكمتين بصفة نهائية. وعلى هذا الأساس لا يستطيع التاجر أن يقاضي المزارع الا امام المحكمة المدنية. أما المزارع فله أن يرفع دعواه على التاجر أما أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة التجارية أي أنه يتمتع بحق الأختيار في مجال الأختصاص.

المطلب 2 ـ الاثبات:

تقضي القاعدة في مجال الاثبات بأن لمن يعتبر العمل بالنسبة اليه تجاريا أن يتمسك بقواعد الاثبات في المواد التجارية ولمن يعتبر العمل بالنسبة اليه مدنيا أن يتمسك بقواعد الأثبات المدنية. وبما أن الاثبات في المجال التجاري حر أي لصاحب الحق أن يثبت حقه بكافة طرق الأثبات مهما كانت قيمة التصرف، فإن الأمر يختلف في المجال المدني لأن الأثبات فيه مقيد.

إذن فالمستفيد الحقيقي من هذا الأختلاف هو الطرف المدني. بحيث يستطيع أن يثبت حقه في مواجهة خصمه الذي يعد العمل بالنسبة اليه تجاريا، بكافة طرق الاثبات مهما كانت قيمة الحق المطالب به. في حين أنه لايجوز الاثبات في مواجهة من يعتبر الحق بالنسبة اليه من طبيعة مدنية الا بالكتابة، متى تجاوزت قيمة الالتزام 1000 دج أو كان غير محدد القيمة.

ومثل هذا النظام المزدوج للأثبات في الأعمال التجارية المختلطة، من شأنه عرقلة الائتمان لاسيما في علاقة التجار مع عملائهم من جمهور المستهلكين. لذلك اجاز القضاء للتاجر الأثبات ضد عميله بكافة طرق الأثبات بما فيها البينه والقرائن، كلما وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. و اعتبر من قبيل المانع الادبي ما جرت به العادة في بعض المهن من عدم الحصول على دليل كتابي من العملاء.



البَابُ الثّانِي

نظرية التاجر والمحل التجاري

إن قواعد القانون التجاري نابعة من فكرتين أساسيتين تتمثل في تقوية الإئتمان وتنظيم الحرفة التجارية، وإذا الإئتمان هو سبب وجود القانون التجاري بحيث يظهر في عدة مجالات، كما أن دوره يظهر جليا في تنظيم التقنين التجاري الذي يفرض على التاجر القيد في السجل التجاري حتى يستطيع الغير أي الدائنون معرفة مركزة. كما يظهر في أنه يفرض على التاجر إمساك الدفاتر التجارية، حتى يمنح لدائنه أكبر ضمان لذمته، فضلا عن اخضاع التجار جميعا لاجراءات موحدة عند توقفهم عن الوفاء بديونهم، أو عندما يقعون في مشكلة مالية صعبة.

أما المهنة التجارية، فهي مرتبطة مباشرة بتقوية الإتمان. فمن أجل أن تتضح للدائنين الوضعية القانونية لمدينهم، يقوم التاجر بقيد مختلف الوقائع والتصرفات التي تسمح بمعرفة هذه الوضعية القانونية[1]

هذا وقبل التعرض لجميع هذه المسائل، يجب علينا بادئ ذي بدء تعريف التاجر قبل التطرق إلى الالتزامات الملقاة على عاتقه.

تعريف التاجر: يتعذر إعطاء تعريف عام وشامل للتاجر. فتعريف التاجر إذا كان شخصا معنويا فإن تعريفه يسند إلى الموضوع والشكل، وإن كان هناك عامل مشترك يجمع بينهما وهو ممارسة الأعمال التجارية، وينص القانون الفرنسي في المادة الأولي على تعريف التاجر بأنه الشخص الذي يمارس الأعمال التجارية ويجعلها حرفة معتادة له، فمفهوم العمل التجاري طغى على تعريف التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. ولقد كان التقنين التجاري الفرنسي الذي صدر في عهد NAPOLEON سنة 1769 يتسم بروح الطائفية عندما قام بتعريف التاجر.

1) Jauffret المرجع السابق ص 311.

إذ عرفه وفق معيار شكلي بحيث تمثل في ضرورية الانتماء إلى إحدى الطوائف التجارية التي كانت معروفة آنذاك. وبعد اندلاع الثورة الفرنسية وصدور تقنين سنة 1807، أبيحت مزاولة التجارة للكافة استنادا إلى المبادئ التي نادت بها الثورة الفرنسي وتبنى المشروع الفرنسي، المعيار الموضوعي في تعريف التاجر بدلا من المعيار الشكلي الذي ساد في ظل نظام الطوائف[1].

فأصبح تعريف التاجر هو: كل من يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف يكسب صفة التاجر. غير أن المشرع الفرنسي نسي أن يعرّف المقصود بالعمل التجاري، وأورد تعدادا له في الكتاب الرابع الخاص بالمحاكم القنصلية.

وهكذا أصبح تعريف التاجر في القانون التجاري الفرنسي تكتنفه صعوبات نظرا لاستناده إلى فكرة غامضة لم يقم المشرع بتوضيحها ولم يعط تعريفا لها، وهي فكرة العمل التجاري. ولقد نقل المشرع الجزائري عن هذا التقنين تعريف التاجر في المادة الأولى من التقنين التجاري التي تنص على ما يلي:" يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له". وقد أشرنا سالفا ان المشرع الجزائري قد عدل هذه المادة فأصبحت صياغتها كالتالي: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاري ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك.

وإذا كان تعريف التاجر يثير صعوبات خاصة لارتباطه بفكرة العمل التجاري الذي لم يعرفه لا المشرع الفرنسي ولا الجزائري، والذي عجز الفقه عن وضع معيار له، فإننا نورد التعريف الذي جاء به الأستاذ حسين النوري[2] وهو: " التاجر هو كل فرد يمارس الأعمال التجارية على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه، وتتوفر لديه الأهلية التجارية".

---

1). محمد فريد العريني المرجع السابق ص 348. وانظر أيضا jauffret المرجع السابق ص329.
2). حسين النوري المرجع السابق ص 70.

وإذا كان هذا التعريف يوضح في مفهومنا معنى التاجر إلا أننا ناخذ عليه وصفه التاجربكلمة فرد اذ لا تصدق هذه الكلمة إلا على الشخص الطبيعي فحسب. وكان من الأفضل أن يستعمل كلمة شخص حتى تصدق على الشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء. ومن خلال هذا التعريف تتضح لنا الشروط الواجب توافرها لاكتساب صفة التاجر وهي:



الفصل الأول

التاجر والإلتزامات الملقاة على عاتقه

المبحث 1

شروط اكتساب صفة التاجر

المطلب 1 ـ القيام بالأعمال التجارية على وجه الامتهان

يجب لاكتساب صفة التاجر، أن يقوم الشخص بممارسة الأعمال التجارية وقد نصت المادة الأولى من القانون التجاري على ما يلي : " يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له." ولكن بعد صدور أمر رقم 96 ــ 27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 عدلت هذه المادة وأصبح نصها كالتالي : " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك."

تبدو لنا صياغة هذا النص أشمل وأوسع من سابقه وفي آن واحد أدق منه؛ إذ شمل الشخص الطبيعي والمعنوي الذي يتخذ الأعمال التجارية مهنة له. وقد استبدل المشرع كلمة حرفة بكلمة مهنة وهذه الأخيرة أوسع في معناها من الحرفة إذ المهنة تشمل المهـن والحرف. كما أن الحرفة توحي إلى الذهن تلك الصناعات اليدوية التقليدية فحسب، بينما امتهان التجارة يشمل جميع النشاطات الحيوية في المجال التجاري والصناعي.

وعليه، فإذا تكرر العمل بصفة مستمرة ودائمة بحيث يظهر الشخص للغير بمظهر صاحب المهنة التجارية أو بمعنى آخر يجب أن يباشر الشخص الأعمال التجارية بشكل اعتيادي على وجه الامتهان.

والمقصود بالأعمال التجارية هي الأعمال التجارية الأصلية. فإذا قام شخص بأعمال تجارية منفردة بشكل عارض، فلا يعد تاجرا وإن كان يطبق على هذه الأعمال أحكام القانون التجاري.

كما أن نص المادة المعدل في فقرته الأخيرة جاء بعبارة جديدة وهي : " ما لم يقض القانون بخلاف ذلك." والسؤال الذي يتبادر إلى ذهننا من خلال هذه العبارة. هل هناك أشخاص يمتهنون التجارة وتتوافر فيهم صفة التاجر ورغم ذلك يقضي القانون بأنهم غير تجار ولا يخضعون لأحكام القانون التجاري. وعلى كل، فإن امتهان التجارة تقتضي ممن يمارسها إن تحقق له سبيل العيش وإشباع الحاجة أو يقصد

بها ممارسة نشاط ما بصورة منتظمة ومستمرة وعلى سبيل الاستقلال ومن خلال هذا التعريف للمهنة، تتحدّد عناصرها المتمثلة في :

أ ــ **الإعتياد:** وهو عنصر مادي، مفاده تكرار القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة، ومن ثم فإن القيام بعمل تجاري عارض لا يكفي لتكوين عنصر الإعتياد واكتساب صفة التاجر، كما أن العبرة ليست بعدد المرات التي يتكرر فيها القيام بالعمل التجاري، إذ قد يكفي القيام به ولو مرة واحدة حتى يتوافر عنصر الإعتياد، ويكتسب الشخص صفة التاجر، وهذا في حالة ما إذا توافرت العناصر الأخرى للمهنة التجارية. كما هي الحال بالنسبة لشراء المحل التجاري.

ب ــ **القصد:** هو العنصر المعنوي للمهنة فيجب أن يكون الإعتياد بقصد اتّخاذ وضعية معنية، هي الظهور بمظهر صاحب المهنة. ولكن إذا اعتاد صاحب عقار مثلا سحب سفتجات على مستأجريه بقيمة الأجرة، فإنه لا يعتبر تاجرا، وإن كان يقوم بعمل تجاري، لأنه يعيش من تأجير العقار وليس من سحب السفتجات على مستأجريه. أو اعتياد المدين في تسديد ديونه قبول سفتجات مسحوبة عليه من طرف دائنه[1] .

كما يشترط لاكتساب صفة التاجر، أن يكون الاعتياد بالقيام بالأعمال التجارية مصدر الرزق الوحيد والرئيسي للشخص، فلا مانع من اعتبار شخص تاجرا، رغم تعدد المهن التي يقوم بها سواء كانت المهنة التجارية هي مهنته الرئيسية، أو كانت ثانوية يزاولها إلى جانب المهنة الرئيسية غير التجارية، وكل مهنة يمارسها التاجر تخضع للقواعد الخاصة بها، أي أن المهنة التجارية تخضع للقواعد التجارية والمهنة المدنية تخضع للقواعد المدنية. ولكن إذا أشهر إفلاس التاجر الذي يمارس عدة مهن، فإن هذا الجزاء يؤدي الى تصفية ذمته بكاملها. فيشمل أمواله التجارية وغير التجارية، لأن القانون الجزائري لا يجيز تعدد الذمم أو تخصيص الذمم بل يأخذ بوحدة الذمة، وهذا استنادا الى الفقرة الأولى من المادة 188 مدني التي تنص على مايلي: "أموال المدين جمعها ضامنة لوفاء ديونه"، باستثناء حالة القيام بشركة الشخص الواحد والذي يجيز فيها المشرع مبدأ تخصيص أو تجزئة الذمة.

---

1. حسين النوري المرجع السابق ص 73 . وانظر أيضا محمد فريد العريني المرجع السابق ص 151 و152 . وانظر علي حسين يونس المرجع السابق، ص 166 و167.

كما يشترط لاكتساب صفة التاجر، أن يكون الاعتياد بالقيام بالأعمال التجارية مصدر الرزق الوحيد والرئيسي للشخص، فلا مانع من اعتبار شخص تاجرا، رغم تعدد المهن التي يقوم بها سواء كانت المهنة التجارية هي مهنته الرئيسية، أو كانت ثانوية يزاولها إلى جانب المهنة الرئيسية غير التجارية، وكل مهنة يمارسها التاجر تخضع للقواعد الخاصة بها، أي أن المهنة التجارية تخضع للقواعد التجارية والمهنة المدنية تخضع للقواعد المدنية. ولكن إذا شهر إفلاس التاجر الذي يمارس عددت مهن، فإن هذا الجزاء يؤدي الى تصفية ذمته بكاملها. فيشمل أمواله التجارية وغير التجارية، لأن القانون الجزائري لا يجيز تعدد الذمم أو تخصيص الذمم بل يأخذ بوحدة الذمة، وهذا استنادا الى الفقرة الأولى من المادة 188 مدني التي تنص على مايلي: "أموال المدين جمعها ضامنة لوفاء ديونه".

ج – الاستقلال: لا يكفي لاكتساب صفة التاجر أن يكون الأعتياد بقصد الظهور بمظهر صاحب المهنة، بل يجب أن يقع على وجه الإستقلال، فيمارس الشخص العمل التجاري لحسابه الخاص وليس لحساب غيره، لأن التجارة تقوم على الائتمان، والائتمان بطبيعته ذو صفة شخصية، فيقتضي تحمل التبعة والمسؤولية، وبالتالي فلا يعتبر العمال ولا المستخدمون تجارا لأنهم لا يقومون بالأعمال التجارية لحسابهم بل لحساب رب العمل الذي يتحمل وحده مخاطر هذه الأعمال، وتربطهم برب العمل رابطة تبعية[1] ، إذ يخضعون لتوجيه ورقابته. كذلك لا يعتبر تاجرا مدير الشركة ولا عضو مجلس الادارة في شركة المساهمة ولا الممثل التجـــاري[2] ،

2. علي حسين يونس المرجع السابق ص 171، وأنظر أيضا Jauffret المرجع السابق ص 538.
3. أنظر محمد حسن عباس المرجع السابق ص 76.

وهذا حتى لو كانت لهم نسبة من الأرباح Représentant de commerce وذلك لأن ركن الإستقلال ينقصهم لأنهم لا يتعاقدون بأسمائهم ولحسابهم الخاص، أي لا يباشرون العمل التجاري لحسابهم بشكل مستقل.

هذا وقد يطرح أشكال بالنسبة للشخص الذي يمارس التجارة في شكل مستتر وراء اسم آخر. وتكون هذه الحالة عادة، عندما يحظر على شخص الاتجار بمقتضى قانون أو لائحة أو تكون له في الاستتار مصلحة ما. فنصبح أمام تاجر ظاهر وشخص مستتر حقيقي. ولقد أثير الخلاف بين الصفة حول ما إذا كانت الصفة التجارية تلحق هذا الشخص أو لا[1].

فذهب رأي إلى إضفاء الصفة التجارية على الشخص المستور نظرا لأن التجارة تمارس بإسمه ولحسابه. بينما رأي آخر، إضفاء هذه الصفة على الشخص الظاهر وحده وذلك احتراما للثقة المبنية على مظاهر الأشياء. أما الرأي الراجح فيرى ضرورة إضفاء صفة التاجر على الشخص المستور والظاهر معا إذ لا يجوز للشخص المستور أن يفلت من آثار صفة التاجر، بينما شروط هذه الصفة متوافرة فيه. أما بالنسبة للشخص الظاهر فعلى الرغم من عدم توافر عناصر الحرفة التجارية لديه فإنه يعتبر تاجرا هو الآخر لأن ظهوره بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس يجب أن يؤدي إلى اكتسابه صفة التاجر بما تتمضنه هذه الصفة من آثار تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر وحماية لثقة الغير.

إذن كلما توافرت هذه العناصر من اعتياد وقصد واستقلال، تحققت المهنة التجارية. واكتسب كل من يزاولها صفة التاجر.

---

(1) محمد حسن عباس المرجع السابق ص 217. وأنظر أيضا حسين النوري المرجع السابق، ص 76؛ وأنظر أيضا محمد فريد العريني المرجع السابق ص 153.

المطلب 2-أهلية الإتجار:

يجب لاكتساب صفة التاجر أن تتوافر في الشخص أهلية الإتجار. فإذا لم تتوافر لديه هذه الأهلية فإنه لا يعتبر تاجرا حتى لو باشر أعمالا تجارية واتخذها حرفة له. ويجب عدم الخلط بين انعدام الأهلية والمنع من احتراف التجارة، ذلك لأن الشخص قد تتوافر لديه الأهلية، ويمنع من احتراف التجارة مثل الموظفين والأطباء والمحامين الخ...

ولكن في حالة ماإذا احترف هؤلاء الأشخاص التجارة، فإنهم يكتسبون صفة التاجر وتعتبر أعمالهم تجارية صحيحة. ويلتزمون بجميع التزامات التجار، وهذا حماية، للغير الذي تعامل معهم، وإن كان يطبق عليهم جزاء لمخالفة الحظر الذي جاء في قانون المهنة التي ينتمون إليها. فتوقع عليهم عقوبات تأديبية.

هذا ولم يتطرّق التقنين التجاري الجزائري لأهلية الإتجار مما يجعلنا نعود إلى القواعد العامة، إذ يقضي التقنين المدني الجزائري بالمادة 40 منه بأن سن الرشد تتحدّد بتسع عشرة سنة كاملة. وعلى ذلك فإن كل شخص بلغ سن 19 سنة، يجوز له مزاولة التجارة طالما كانت أهليته كاملة، ولم يصب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة.

أما القاصر، فيمنع عليه مزاولة التجارة إلا إذا بلغ سن 18 سنة كاملة وطلب الإذن من ذوي الشأن. طبقا لما جاء بالمادة 5 من التقنين التجاري الجزائري إذ تنص على مايلي:" لا يجوز للقاصر المرشد ذكر أم أنثى البالغ من العمر ثماني عشر سنة كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعاهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية، إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا، أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب أو الأم".

توضح هذه المادة أن كل من بلغ 18 سنة كاملة، ذكرا كان أو أنثى يستطيع مزاولة التجارة شريطة أن يحصل على إذن من الأب إذا كان على قيد الحياة أو من الأم في حالة وفاة الأب أو غيابه وسقوط سلطته بسبب عارض من عوارض الأهلية، ويحصل على إذن من مجلس العائلة بشرط أن يكون مصادقا عليه من طرف المحكمة. ويطرح السؤال بالنسبة لطبيعة الإذن الممنوح للقاصر، فهل يعدّ مطلقا أو مقيدا؟

لو رجعنا إلى نص المادة 5 لاحظنا أنه جاء مطلقا دون قيد إذ اشترط مجرد الإذن من الأب أو الأم أو المجلس العائلي، مع التصديق. غير أن المادة 6 من التقنين التجاري الجزائري قيدت تصرفات التاجر القاصر في الميدان التجاري وهذا بقولها: "يجوز للتجار القصر المرخّص لهم طبقا للأحكام الوارة في المادة 5 أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم، غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو اجباريا، لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلّقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية.

يوضح هذا النص، أن الإذن الممنوح للقاصر من طرف الأب أو الأم أو المجلس العائلي، حسب الأحوال قد يكون مطلقا كما قد يكون مقيدا، بحيث يجوز لذوي الشأن أن يقيّدوه، لأن غرضهم يرمي دائما إلى تحقيق مصلحة القاصر، الأمر الذي يجعلهم يحيطونه بضمانات كفيلة لتحقيق هذه المصلحة، وبالتالي فالقاصر لا يتمتّع بأهلية الإتجار إلا في الحدود التي رسمها له الإذن المصادق عليه من المحكمة. وعليه فجميع التصرفات التي تدخل في إطار الإذن تكون صحيحة وتكسبه صفة التاجر، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن. فيجوز له أن يتمسّك بأبطالها، ولا تكسبه صفة التاجر. هذا فيما يخص الأموال المنقولة، أما الأموال العقارية، فإن كان المشرّع يجيز للقاصر ترتيب أي إلتزام أو رهن عليها. فإن هذا التصرف لا يتم إلا بعد اتباع الإجراءات الشكلية المتعلّقة

ببيع أموال القصر. مما يفهم منه أن المشرع أحاط القاصر بضمان كفيل برعاية أمواله في الميدان التجاري الذي يدور محيطه حول المضاربة وجني الربح.

المرأة والتجارة: تسوي الشريعة الإسلامية بين المرأة والرجل فيما يتعلق بالأهلية سواء كانت المرأة متزوجة أو لا. غير أن بعض التشريعات اللاتينية لا تجيز للمرأة المتزوجة وإن كانت بالغة ورشيدة مزاولة مهنة التجارة إلا بعد الحصول على إذن من زوجها. لذلك يجب الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية للمرأة المتزوجة بقصد معرفة ما إذا كان يسمح لها بالاتجار أو لا؟

أما التقنين التجاري الجزائري، فقد تعرض للمرأة التي تمارس التجارة واعتبرها أهلا لتحمل المسؤولية المترتبة على ممارسة هذه المهنة، بحيث ألقي على عاتقها تحمل الالتزامات التجارية شخصيا بدلا من إلقاء العبء على زوجها أو الحصول على إذن منه. وهذا ما تنص عليه المادة 8 تجاري بقولها: «تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها». كما أن المرأة التي تقوم بمساعدة زوجها في البيع بالتجزئة لا تكتسب صفة التاجر، ولا يعتبر عملها إلا مجرد المساعدة التي تنجم عن رابطة الزوجية، وهذا ما تشير إليه المادة 7 من التقنين التجاري بعد تعديلها والتي نصت بقولها: «لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه، ولا يعتبر تاجرا الاإذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا».

مقتضى هذا النص أنه إذا كان أحد الزوجين (سواء الزوجة أو الزوج) يمارس نشاطا تابعا لنشاط زوجه بحيث لا يستقل بمفرده في هذا النشاط، فلا يعد في نظر القانون تاجرا إلا إذا مارسه بشكل مستقل ومنفصل.

هل يجوز للأجنبي مزاولة التجارة على التراب الوطني؟

ترمي السياسة الإقتصادية للجزائر حاليا إلى تشجيع الرأسمالي الأجنبي في الوطن، بقصد انعاش الإقتصاد الوطني نتيجة الأزمة التي يتخبط فيها، إذ نجد القانون المتعلق بالصرف والقرض la loi relative à la monnaie et au

credit الصادر في أفريل 1990 يتبنّى مبدأ حرية استثمار الأجنبي في الجزائر والقضاء على القيود التي كانت تقف في طريق هذا الإستثمار (1)

ولكي يستطيع الأجنبي القيام بالإستثمار أو الإتجار، يجب من الناحية القانونية أن يكون أهلا لذلك. وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن أهلية الأشخاص تخضع للقانون الشخصي أي القانون الوطني ومن تم فإن أهلية الأجنبي يحكمها القانون الوطني استنادا إلى الفقرة 1 من المادة 10 من القانون المدني والتي تقضي بما يلي: "تسري القوانين المتعلّقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلد أجنبية" فبمفهوم المخالفة تسري القوانين الوطنية على الحالة المدنية والأهلية للأجانب. لكن الفقرة 2 من نفس المادة تضع استثناءا لهذا الأصل. فتقضي بالنسبة للتصرفات المالية التي تبرم في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، ويرجع نقص أهليته إلى سبب فيه خفاء لا يمكن تبينه أي أنه خفي يصعب على المرء كشفه، فإن هذا العيب لا يؤثر في أهلية الأجنبي ولا يقرر القانون حمايته، وبالتالي يعتبر في نظر القانون الجزائري كامل الأهلية، متى كان كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري، فيعتد بتصرفه ويعتبر صحيحا، متى كان قد تم بالجزائر وأنتج آثاره فيها إذن فالأصل أن أهلية الأجنبي يحكمها قانون جنسيته في جميع التصرفات القانونية باستثناء التصرفات المالية، التي تتم في الجزائر وتنتج آثارها فيها فتخضع للقانون الجزائري بالشروط التي فرضها القانون. وفيما عدا هذه الحالة نعتقد أن على الأجنبي وإن كان بالغا سن الرشد طبقا للقانون الجزائري وقاصرا طبقا لقانونه الوطني، لا يزاول الإتجار إلا بحسب الشروط المقرّرة في قانونه ومن ثم يجب عليه أن يحصل على الإذن بالإتجار من السلطات المعنية بذلك وهذا قياسا على القاصر في القانون الجزائري.

---

(1) "parmi les principales reformes deja mises en oeuvre, on reléve la suppression des restrictions existantes, l'investissement etranger et la liberation du commerce exterieur"

Annonce d'un débat sur la reforme du commerce exterieur et la liberation des mouvements de capitaux en Algerie comment s'y retrouver? Rachid FEKKAK economiste financier juin 1991.

المبحث -2-

التزامات التاجر

المطلب 1-إمساك الدفاتر التجارية:

من بين التزامات التاجر، الإلتزام بإمساك الدفاتر التجارية ويأتي هذا الإلتزام من فكرة المحاسبة التي لها علاقة متينة بالحياة التجارية.

فالدفاتر التي يلتزم التاجر بإمساكها هي التي تبين مركزه المالي من خلال الصفقات التي يبرمها، كما توضح لدائنيه عند إفلاسه العمليات التي قام بها قبل الإفلاس. فمن خلال هذه الدفاتر تقوم عملية محاسبة التاجر. ولقد عرفت التشريعات القديمة امساك الدفاتر بقصد المحاسبة التي كانت تهدف إلى إعلام الغير بالمركز المالي للتاجر (1).

غير أن عملية المحاسبة، وإن كانت ضرورية للحياة التجارية المعاصرة، فإنها ترمي إلى تحقيق أغراض شتى منها:

1- تعد المحاسبة، القاعدة الأساسية لجميع العمليات الإقتصادية والإحصائية.

2- تبين المحاسبة الأرباح الصافية.

3- تبين المحاسبة معلومات دقيقة تستند إليها مصلحة الضرائب.

---

(1) Hamel et lagarde المرجع السابق الجزء 1 ص 284 و285.
وانظر أيضا jauffret المرجع السابق ص 390 و391.

- عرف كل من الشعب البابلي والشعب اليوناني فكرة امساك الدفاتر بقصد معرفة مركز أو وضعية التاجر إزاء عملائه، وذلك عن طريق وضع اسم العميل بقابله المبلغ الواجب تسديده، واسم الشخص الذي يجب أن يسدد له. وكانت هذه الدفاتر تستعمل كوسيلة اثبات أمام القضاء. غير أن الفضل يرجع للرومان في تأسيس المحاسبة عن طريق امساك الدفاتر إذ كان المواطنون يقومون بامساك دفاتر يسجلون فيها جميع تصرفاتهم حتى يكونوا على دراية من وضعيتهم المالية. وفي حالة نشوب نزاع كانت تقدم هذه الدفاتر كدليل للإثبات.

- إذن ففكرة المحاسبة نبعت من فكرة امساك الدفاتر. لهذا أوجب المشرع على التاجر امساك الدفاتر التجارية بقصد محاسبة نفسه ومحاسبة غيره، وهذا عن طريق تدوين كل العمليات التي يقوم بها عند مباشرته للتجارة حتى تكون بمثابة المرآة الصادقة لحركته التجارية وامساك الدفاتر التجارية بطريقة دقيقة ومنظمة يعود بالفائدة على التاجر وعلى دائنيه وعلى الخزانة العامة على السواء، لأنها تكون كفيلة ببيان المركز المالي للتاجر، وبيان ماله وماعليه من ديون متعلّقة بتجارته. وإذا أشهر إفلاسه ، يستطيع اثبات سلامة تصرفاته وحسن نيته حتى يدرأ عن نفسه خطر التعرض لعقوبة الإفلاس بالتدليس أو بالتقصير. فاستنادا إلى هذه الدفاتر يستطيع أن يقنع دائنيه بأن اختلال شؤونه التجارية يرجع إلى ظروف لم تكن في الحسبان. مما يمكنه من الحصول على الصلح الواقي من الإفلاس، لأن القانون يتطلب لذلك حسن النية. فمن الصعب افتراض حسن نيته إذا اهمل في تنفيد الإلتزام الملقى على عاتقه وهو امساك الدفاتر التجارية(1).

(1) انظر سميحة القليوبي المرجع السابق ص 132.
وانظر أيضا محمد فريد العريني المرجع السابق ص 192.
وانظر أيضا محمد حسن عباس المرجع السابق ص 124.

1- الأشخاص الملزمون بإمساك الدفاتر التجارية

تنص المادة 9 من التقنين التجاري الجزائري على أن: "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بإمساك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا".

يتضح من نص هذه المادة، أن كل تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يلتزم بإمساك الدفاتر التجارية وعلى هذا الأساس فإن الشخص المدني يعفى من هذا الإلتزام، الذي لا يلقى إلا على عاتق التاجر الذي يجب عليه امساك هذه الدفاتر بطريقة تضمن أو تكفل بيان مركزه المالي وبيان ماعليه من ديون تترتب عن مزاولته التجارة.

يثار التساؤل حول مدى الزام الشريك المتضامن في شركة التضامن أو التوصية، فهل يلتزم بامساك دفاتر خاصة به إلى جانب دفاتر الشركة (1)؟

ذهب رأى آخر إلى أنه لا يلتزم، لأن دفاتره ستكون تكرارا لدفاتر الشركة. ولكن رأى آخر ذهب إلى أن الشريك المتضامن يلتزم بامساك دفتر يقيد فيه مايحصل عليه من أرباح من الشركة، وماينفقه من مصروفاته الشخصية، وذلك لأهمية البيانات عند إفلاس الشريك أو الشركة. ويرجح الأستاذ أكثم أمين الخولي (2) الرأي الأخير، لأنه يرى أنه تطبيق سليم للقانون، لأنه يحفظ مصالح الغير في حالة الإفلاس.

---

(1) انظر محمد حسن عباس المرجع السابق ص 125.
وانظر أيضا محمد فريد العريني المرجع السابق ص 195
(2) انظر اكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 283.

ونشير أخيرا إلى أن الإلتزام بامساك الدفاتر التجارية يقع على عاتق كل من يزاول التجارة على الإقليم الجزائري سواء كان وطنيا أو أجنبيا لأن هذا الإلتزام يعد من قبيل التنظيم الداخلي لهذه المهنة.

2- أنواع الدفاتر التجارية

دفتر اليومية: Le livre journal هو أهم الدفاتر التجارية وهو عبارة عن سجل يومي لحياة التاجر بحيث يجب عليه أن يقيّد فيه جميع العمليات التي يقوم بها يوما بعد يوم من بيع واقتراض الخ...

وكذلك يقيد كل مسحوباته الشخصية ويتم ذلك بشكل تفصيلي ودقيق. والحكمة من ذلك ترجع إلى أن مسحوبات التاجر الشخصية لها أهمية كبيرة عند إفلاسه، إذ من الممكن اعتباره مفلسا بالتقصير إذ تبين أنه كان ينفق على حياته الشخصية مبلغا لا تسمح به حالة تجارته ومركزه المالي (1). وامساك دفتر اليومية يتناسب مع المشروع الصغير أو المتوسط. ولكن بالنسبة للمشروع الضخم، فإن العمليات التجارية تكثر على التاجر وتتنوع مما يجعل قيدها في سجل واحد قد يحيطه اللبس والغموض نظرا لتشابهها. وأحيانا من حيث الشروط والآثار لذلك يجوز للتاجر استعمال دفاتر يومية مساعدة (2) لهذه العمليات بحيث يخصص كل دفتر لنوع معين من العمليات التجارية التي ينجزها محله: دفتر للمبيعات، دفتر لأوراق القبض الخ...

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق ص 197 وانظر أيضا حسين النوري المرجع السابق ص 111.

(2) محمد فريد العريني ص 197 ومحمد حسن عباس ص 235.

وانظر أيضا علي حسن يونس المرجع السابق ص 229 و230.

- ومتى استعمل التاجر هذه الدفاتر، فإنه في غنى عن تقييد عملياته المالية بالتفصيل في دفتر اليومية الأصلي، ويكتفي في هذه الحالة بتقييد اجمالي لهذه العمليات في دفتر اليوميةالأصلي في فترات منتظمة، فإذا لم يتبع هذا الإجراء وجب اعتبار دفاتر اليومية المساعدة بمثابة دفتر يومية أصلي ذى اجزاء متعددة وإخضاعها بالتالي للقواعد التي استوجب القانون مراعاتها لضمان انتظام الدفاتر التجارية، التي يتعين على التاجر امساكها.

- دفتر الجرد والميزانية: تعرضت له المادة 10 من التقنين التجاري الجزائري فهو إذن دفتر الزامي والجرد أي L'inventaire هو تقدير اجمالي لجميع العناصر المكونة لذمة التاجر سواء كانت عناصر مادية كالبضائع والمهمات والأصول الثابتة. أو غير مادية كالحقوق قبل الغير والعناصر المعنوية للمحل التجاري وسواء في ذلك حقوق المشروع أو التزاماته (1).

ويشترط القانون إجراء عملية الجرد مرة في السنة على الأقل. فتقيد فيه صورة من الميزانية العامة للتاجر. والميزانية هي التعبير الرقمي المنظم طبقا لقواعد المحاسبة عن مركز التاجر الإيجابي والسلبي في نهاية السنة المالية، وتتخذ شكل جدول مكون من جانبين: إحدهما للأصول، والآخر للخصوم؛ ويقصد بالأصول حقوق المشروع وتشمل الأموال الثابتة والمنقولة التي يمتلكها والديون التي له قبل الغير. أما الخصوم، فمعناها الديون التي على المشروع للغير، وكذلك رأس مال المشروع باعتباره دينا عليه لصاحبه. ويهدف بيان الميزانية إلى تبيان المركز المالي وتسهيل ربط الضريبة على الأرباح التجارية (2).

---

(1) jauffret المرجع السابق ص 404.

وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص137وانظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنوري نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات، أثار الإلتزام دار أحياء الثرات العربي ص 269.

(2) أكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 287.

ومحمد فريد العريني المرجع السابق ص 198.

3- الدفاتر التجارية الإختيارية

جرت العادة على إلزام التاجر بامساك دفاتر أخرى، إذ املتها الضرورة العملية والتطبيقية لممارسة مهنة التجارة. وهذا رغم عدم تعرض المشرع لها بنص يحكمها. وتكون هذه الدفاتر إلزامية أي يجب على التاجر امساكها أو اختيارية وهذا تبعا لطبيعة التجارة التي يمارسها وأهميتها ومن أهم هذه الدفاتر:

1- دفتر التسويدة: وهو دفتر يقيد فيه التاجر جميع العمليات التي يقوم بها. وهذا فور حصولها بحيث لا يخضع في قيدها لأية قواعد معينة، بل قد تكون في شكل غير منظم، على أن يقوم بنقلها فيما بعد إلى دفتر اليومية بشكل منتظم.

2- دفتر الأوراق التجارية: ويقيد فيه حركة الأوراق التجارية المسحوبة من التاجر أو عليه وتواريخ استحقاقها.

3- دفتر الصندوق أو الخزانة: يقيد فيه حركة النقود التي تدخل في الصندوق والتي تخرج منه،

4- دفتر الأستاذ: وهو من أهم الدفاتر التي جرت عادة التجار على امساكها لأنه الدفترالرئيسي الذي تصب فيه كل الدفاتر الفرعية السابقة وتظهر فيه النتائج النهائية لتحركات عناصر المشروع التجارية. كما تبينها هذه الدفاتر. ويمسك هذا الدفتر طبقا لقواعد المحاسبة التجارية. ويستخرج التاجر من واقعه ميزانيته السنوية.

5- دفتر المستندات والمراسلات: يلتزم التاجر بالإحتفاظ بجميع المستندات والمراسلات والبرقيات التي تكون متصلة بنشاطه التجاري سواء صدرت منه أو من الغير، ويقوم بترتيبها، إما ترتيبا زمنيا أي حسب ورودها وإما تبعا للصفقة أو العملية التي يقوم بها. على كل حال يجب على التاجر أن يحتفظ بها بطريقة منظمة لايشوبها الغموض حتى يمكن الإعتماد عليها في الإثبات.

6- دفتر المخزن: يسجل فيه حركة البضائع أي حركة البيع والشراء (1)

---

(1) حسين النوري المرجع السابق ص 112.
ومحمد فريد العريني المرجع السابق ص 198 و199.

4- كيفية امساك الدفاتر التجارية

نص المشرع الجزائري في المادة 11 من التقنين التجاري على الطريقة التي يلتزم التاجر بامساك الدفاتر التجارية حتى تكفل بيان مركزه المالي بشكل واضح ودقيق، أي بيان ماله من حقوق وماعليه من ديون ترتبت عن مزاولته للنشاط التجاري. وتتجلى هذه الطريقة في:

أولا: ترقيم صفحات الدفترين أي (اليومية والجرد) قبل استعمالهما، مع التوقيع عليهما من طرف المحكمة المختصة التي يقع في دائرتها نشاط التاجر.

ثانيا: عدم احتواء الدفترين على أي فراغ أو كتابة في الهوامش أو تحشيرا. وترجع الحكمة في ذلك إلى منع التاجر من تعديل أو محو للبيانات الواردة في الدفتر حسبما تمليه عليه مصلحته. وفي حالة ما إذا وقع أي خطأ أثناء قيد إحدى العمليات، فلا يجوز شطبها أو تصحيحها بين السطور، وإنما يجب تصحيحها بقيد جديد يؤرخ منذ تاريخ اكتشاف الخطأ.

مدة الإحتفاظ بالدفاترالتجارية: تنص المادة 10 من التقنين التجاري الجزائري على مدة الإحتفاظ بدفتري الجرد واليومية. وكذلك المراسلات والبرقيات والفواتير وغيرها من المستندات التي تتصل بالتجارة. وهذه المدة هي عشر سنوات تبدأ من تاريخ ارسالها أو تسلمها. ومدة عشر سنوات ليست مدة تقادم وليست لها صلة بتقادم أو بقاء الحقوق المقيدة في الدفاتر، وإنما هي عبارة عن حد زمني للإلتزام بتقديم الدفاتر كدليل أمام القضاء.

فبعد مرور مدة أربع سنوات تقوم قرينة بسيطة على أن التاجر قد أعدم دفاتره. وهذه القرينة مقررة لمصلحة التاجر. فيستطيع أن يقدم دفاتره لإثبات حق له بعد انقضاء عشر سنوات دون أن تنقص من قيمة الدفاتر في الإثبات. كما يجوز لخصم التاجر إلزامه بتقديمها أمام القضاء إذا أثبت ذلك(1).

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق ص 201 وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 143. وانظر أيضا jauffret المرجع السابق ص 407.

مدة الإحتفاظ بالدفاتر الأخرى: بما أن المشرع الجزائري لم يتعرّض للدفاتر التجارية الأخرى التي يلتزم التاجر بإمساكها، فإنه لم يتعرّض أيضا لمدة الإحتفاظ بها.

وقد جرت العادة على أن يحتفظ التاجر بهذه الدفاتر طوال المدة الضرورية لتقادم الحقوق الثابتة فيها.

الجزاءات المترتبة على الإخلال بالإلتزامات بامساك الدفاتر التجارية:

رتب المشرع الجزائري على الإخلال بامساك الدفاتر التجارية جزاءات مدنية وأخرى جنائية.

- **الجزاءات المدنية**: إن التاجر المهمل الذي لم يمسك الدفاتر التجارية أو لم يراع فيها الأوضاع المقررة قانونا، يتعرض لجزاء حرمانه من تقديم دفاتره للغير كدليل للإثبات أمام القضاء. ويكون التاجر قد حرم نفسه من دليل مادي في متناول يده، لا سيما إذا كان خصمه تاجرا مثله، إذ يمكن الوقوف على الحقيقة بواسطة إجراء مقارنة بين دفتر كل منهما، ويرى الأستاذ **محمد فريد العريني** (1). إن امساك دفاتر غير منتظمة من طرف التاجر، إذا كانت قد فقدت كل حجيتها أمام القضاء،إلا أن قيمتها لا تهدر بشكل مطلق، إذ يمكن اعتبارها مجرد قرائن أو عناصر في الإثبات.

كما أن امساك دفاتر تجارية غير منتظمة يجعل مصلحة الضرائب لا تعتمد عليها وتقدر الضريبة على التاجر تقديرا جزافيا. فضلا عن أن في حالة إفلاس التاجر، لا يتمتّع بالصلح الواقي من الإفلاس. وهذا نظرا لسوء نيته التي تجعله غير جدير بهذا الصلح.

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق ص 202

الجزاءات الجنائية: أوقع المشرع الجزائري على كل تاجر لم يمسك الدفاتر التجارية بانتظام عقوبة التفليس بالتقصير أو بالتدليس وهذا ماقضت به المادة 370 من التقنين التجاري التي تعرّضت لحالات الإفلاس بالتقصير ومن بينها حالة التاجر الذي توقف عن الدفع ولم يمسك حسابات مطابقة بعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته، كما نصت المادة 371 فقرة 5 من نفس القانون على اعتبار التاجر مفلسا بالتقصير في حالة توقفه عن الدفع، وكانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام ونصت المادة 374 على اعتبار التاجر مفلسا بالتدليس في حالة توقفه عن الدفع، ويكون قد أخفى حساباته أو بدد أو إختلس كل أو بعض أصوله، أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته، سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية، أو في ميزانيته، أما المادة 378 فقد تعرضت للشركة التي توقفت عن الدفع. وطبقت عقوبة الإفلاس بالتقصير على القائمين بالإدارة والمديرين والمصفين للشركة أو بوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة، والذين أمسكوا بسوء نية أو أمروا بامساك حسابات الشركة بغير انتظام. وتعرّضت المادة 369 للعقوبات الجنائية المنصوص عليها في المادة 383 من قانون العقوبات على الأشخاص الذين ثبتت إدانتهم بالتفليس بالتقصير أو بالتدليس.

من خلال هذه المواد يتضح مدى أهمية امساك الدفاتر التجارية في الحياة التجارية، وإمساكها بانتظام وإلا تزعزعت الثقة في شخص التاجر وفي مركزه المالي مما يعرضه إلى جزاءات قانونية مختلفة.

دور الدفاتر التجارية في الإثبات

بما أن المجال التجاري يتميز بحرية الإثبات، فقد ألزم المشرع التاجر بقيد العمليات المتعلقة بنشاطه التجاري في دفاتر خاصة بذلك، بحيث منح هذه الدفاتر أهمية بالغة في مجال الإثبات حتى تسهل هذه الدفاتر بما تحتويه من بيانات كشف الحقيقة، لاسيما إذا كان خصم التاجر تاجرا أيضا، فتجري عملية المقارنة بين دفتر كل منهما للإطلاع على هذه الحقيقة.

لذا نظم المشرع كيفية الإعتماد على هذه الدفاتر في الإثبات. ومن خلال الأحكام التي وردت في التقنين المدني والتجاري، يتضح أن دفاتر التجار تقدّم كدليل للإثبات. والأمر جوازي بالنسبة للقاضي وليس وجوبيا بحيث يجوز ألا يمنح لهذه الدفاتر أية أهمية في الإثبات ولو أمسكها التاجر بشكل منتظم حسب ماأقره القانون (1)، أما في حالة ماإذا منح القاضي لهذه الدفاتر أهمية في الإثبات، فهناك وسيلتان، أو طريقتان تقدم بهما هذه الدفاتر للإثبات وهما:

أولا: La representation التقديم:

تنص المادة 16 من التقنين التجاري الجزائري على مايلي: "يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام النزاع، وذلك بغرض استخلاص مايتعلق منها، بالنزاع".

وتستعمل هذه الطريقة في المنازعات التجارية والمدنية سواء كان الخصم تاجرا أو غير تاجر استنادا إلى عموم النص. فللمحكمة أن تأمر به من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم حتى تطلع على الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة (2). وتطلع عليه المحكمة بنفسها أو عن طريق اللجوء إلى خبير تكلفه بذلك، كما قد تأمر بوضع الدفاتر لدى كتابة الضبط لفحصها من طرف قاضي منتدب لذلك.

---

(1) jauffret المرجع السابق ص 414 و415.

(2) سميحة القليوبي المرجع السابق ص 145.

وانظر أيضا jauffret المرجع السابق ص 412 و413.

واطلاع المحكمة على الدفاتر التجارية يقع بحضور التاجر صاحب الدفتر وتحت إشرافه. وفي حالة ماإذا امتنع الخصم عن تقديم دفاتره التي أمر بها القاضي، فيستخلص هذا الأخير قرينه لفائدة خصم التاجر وتوجه له يمين متممة للنصاب. كما يجوز للقاضي قبل ذلك أن يقضي بغرامة تهديدية لإلزام التاجر بتقديم الدفاتر، وتوضع هذه الدفاتر بين يدي القاضي أو الخبير المعين، ولكن لاتبلغ إلى الخصم. وهذه الحالة لا تطبق على الدفاتر الإلزامية وإنما على الدفاتر الإختيارية لأنها لاتتضمن خطورة على أسرار التاجر الواردة في دفتره (1).

ثانيا: La communication التسليم والإطلاع: تعتبر هذه الطريقة خطيرة لأنها تكشف أسرار التاجر عن طريق وضع الدفاتر تحت تصرف الخصم بقصد الإطلاع عليها. لذا فإن المادة 15 من التقنين التجاري حددت حالات استعمال هذه الطريقة ولم تجزها إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة والإفلاس. ويجوز للقاضي أن يأمر بالإطلاع على الدفاتر التجارية من تلقاء نفسه.

والإطلاع أو التسليم أوسع مدى من التقديم. ولذا فإن توفي التاجر وقام نزاع بين ورثته جاز للقاضي إلزام الورثة الذين بحوزتهم دفاتر مورثهم، إطلاع بقية الورثة عليها حتى يتمكن كل واحد منهم من تقدير نصيبه في الشركة، ونفس الحكم ينطبق في حالة حل الشركة إذ يجوزللقاضي أو المحكمة أن تأمر كل شريك بالإطلاع على الدفاتر التجارية ليتبين مقدار نصيبه. وفي حالة الإفلاس فإن وكيل التفليسة يستطيع الإطلاع على دفاتر التاجر المفلس حتى يتمكن من تأدية وظيفته.

---

(1) أنظر يحي بكوش المرجع السابق ص 168 و169.
وانظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 273 و274.
وانظر أيضا محمد فريد العريني المرجع السابق ص 209.
وانظر أيضا jauffret المرجع السابق ص 413 و414.
وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 145.

هذا ويجوز للخصوم أن يتفقوا على أن يتبادلوا تسليم الدفاتر التجارية فيما بينهم، وذلك عدا الحالات المنصوص عليها في المادة 15 من القانون التجاري. كما أنه بإمكان القاضي أن يرفض الأمر بتسليم الدفاتر إذا طلبه أحد الخصوم، وتكون له السلطة المطلقة في ذلك (1).

- **قوة الدفاتر التجارية في الإثبات**

للدفاتر التجارية حجية في الإثبات. وقد حددها القانون في مسألتين:

1- دفاتر التجار حجة على هؤلاء: تنص الفقرة 2 من المادة 330 مدني جزائري على مايلي: "وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار. ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها (واستبعاد منه) ماهو مناقض لدعواه".

ومقتضى هذا النص، أن دفتر التاجر حجة عليه، لأنه يعتبر بمثابة اقرار مكتوب صادر منه، وقد يكون التاجر قد كتبه بخط يده أو بواسطة أحد أتباعه، ومن ثم فيكون هذا الدفتر حجة عليه سواء كان خصمه تاجر، أم غير تاجر وسواء كان النزاع تجاريا أو مدنيا.

ويقدم كدليل للإثبات دفتر التاجر حتى لو كان غير منتظم، وهذا مايفهم من نص المادة 330. وبما أن البيانات التي يشتمل عليها دفتر التاجر هي بمثابة إقرار مكتوب، فيجب تطبيق القاعدة التي تقضي بعدم تجزئة الإقرار، وبالتالي فإن خصم التاجر إما أن يستند إلى دفتر التاجر بصفة كلية في استخلاص الحق الذي يدعي به أمام القضاء. وإما أن يترك ماورد في الدفتر، إذ لا يجوز تجزئة البيانات التي اشتمل عليها الدفتر بحيث لا يأخذ إلا البيانات التي تتفق ومصلحته، بينما يستبعد البيانات التي تكون ضد حقّه. واعتبار دفتر التاجر حجة عليه قاعدة

---

(1) يحي بكوش المرجع السابق ص 172.
وانظر أيضا محمد زهدور المرجع السابق ص 43.

أملتها الضرورة العملية في الحياة التجارية، فهي عبارة عن استثناء أو خروج على القاعدة العامة في الإثبات والتي تقضي بألا يجوز للمرء أن يقدم دليلا ضد نفسه، فضلا عن أن دفتر التاجر هو عبارة عن ورقة عرفية لا تحمل توقيعه بل قد لا تكون مكتوبة بخط يده، لذا جعل القانون تقديم هذا الدفتر أمرا جوازيا للقاضي وليس وجوبيا ويتوقّف على اقتناع القاضي به.

كما يجوز للتاجر صاحب الدفتر أن يثبت عكس ماورد فيه وذلك بكافة طرق الإثبات كالبينة والقرائن. ولايجوز الإعتراض عليه بأنه لايجوز إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة لأن ماورد في الدفتر لايعتبر دليلا كاملا لأنه مجرد ورقة عرفية غير موقّعة، وإنما هو قرينة قابلة لإثبات العكس (1).

2- دفاتر التجار حجة لهم: تقضي القاعدة العامة بأنه لايجوز أن يصطنع المرء دليلا لنفسه حتى لو كان تاجرا، وكانت دفاتره منتظمة، فكل ماورد في دفاتر التاجر لا يصلح أن يكون دليلا لتحقيق مصلحته، لأنه صادر منه بل لايجوز أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه، ورغم ذلك فقد أجاز القانون استثناءا أن يستعمل دفتر التاجر كدليل لتحقيق مصلحة هذا الأخير وهذا في حالتين:

-1-أن يقوم نزاع بين تاجرين: تنص المادة 18 من التقنين التجاري على مايلي:

"يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية". فبمقتضى هذا النص يشترط لتطبيقه أن تكون الدفاتر التجارية التي يستند إليها القاضي:

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 278 و279.
وانظر أيضا محمد فريد العريني المرجع السابق ص 203.
وانظر أيضا علي حسن يونس المرجع السابق ص 245.

01- منتظمة حتى يستطيع مقارنتها بدفاتر التاجر الخصم ويتمتع القاضي في ذلك بسلطة تقديرية، فيستطيع العمل بها على أنها صحيحة وكافية لإثبات الشيء المدعى به، كما يستطيع رفضها على أساس أنها لا تتمتّع بأية قيمة، وإذا كانت دفاتر التاجرين تتضمن بيانات متعارضة، فمن حقّه أن يفضل واحدة على الأخرى(1).

02- للعمل بهذا النص يجب أن يقع النزاع بين تاجرين، فإذا وقع بين تاجر وشخص غير تاجر فلا يجوز العمل بهذه القاعدة.

03- يجب أن يكون النزاع متعلقا بالأعمال التجارية، فإذا كان نزاعا مدنيا أو مختلطا فلا يتسنى العمل بالقاعدة.

-2- أن يقع النزاع بين تاجر وغير تاجر: الأصل ألا يكون دفتر التاجر حجة له، لا على التاجر ولا على غير التاجر ولكن بما أن القانون أجاز استثناءا أن يكون دفتر التاجر حجة له، على التاجر إجاز أيضا استثناءا أن يكون دفتر التاجر حجة على غير التاجر أي الشخص العادي ولكن في حالة ماإذا توفرت الشروط التالية:

01- أن يكون موضوع النزاع سلعة قام التاجر بتوريدها إلى عميله الغير تاجر كالخباز الذي يورد الخبز مثلا. فلا يصلح الدفتر حجة لفائدة التاجر في غير موضوع البضائع كالقروض مثلا أو تنفيذ التزامات بالقيام بالعمل (2)

02- يستوي أن يكون العمل مدنيا بالنسبة للطرف غير التاجر، أو تجاريا بالنسبة للطرفين.

---

(1) يحي بكوش المرجع السابق ص 170. وانظر أيضا محمد زهدور الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر تعديلات طبعه 1991 ص42.

(2) انظر يحي بكوش المرجع السابق ص 173. وانظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 282.

03- أن يكون محلّ الإلتزام مما يجوز إثباته بالبينة للطرف غير التاجر، أي لا يتجاوز 1000د ج استنادا لنص المادة 333 مدني جزائري.

04- أن يقوم القاضي بتكملة الدليل. وهذا عن طريق توجيه اليمين المتممة للتاجر بقصد تدعيم ماجاء في دفاتره. ومن جهة أخرى، فإن للقاضي أن يسمح لغير التاجر بتقديم الدليل لنقص ماورد في دفتر التاجر من بيانات، ويكفي في ذلك البينة أو القرائن، بل يجوز للقاضي أن يستنبط من القرائن في نقص هذا الدليل مايكتفي معه بتوجيه اليمين المتممة الى غير التاجر، وهذا ماتنص عليه الفقرة 1 من المادة 330 مدنى جزائري " غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمن المتممة الى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة".

المطلب -2- القيد في السجل التجاري

قبل التطرق إلى القيد في السجل التجاري، لابد لنا من إعطاء نبذة تاريخية عن السجل التجاري، والأنظمة المختلفة والمتبعة بصدده.

يرجع الأصل التاريخي لنظام السجل التجاري إلى القرن الثالث عشر، عندما تكونت طوائف التجار في المدن الإيطالية، فكانت طائفة التجار تقيد أسماء أعضائها في قوائم خاصة. وكانت هذه الأخيرة تستخدم لحصر التجار بصفتهم أعضاء الطائفة حتى يمكن دعوتهم لحضور الإجتماعات ومطالبتهم برسوم القيد. ثم تطور الأمر، وأصبحت العادة تتمثل في إرسال قائمة إلى أعضاء الطائفة بأسماء التجار الذين يرغبون في اخطار التجار الآخرين ببيانات عن تجارتهم. ثم تطورت هذه العادة فأصبحت الطائفة ترسل قائمة بأسماء جميع التجار وبيانات عن تجارة كل منهم إلى أعضاء طائفة التجار. وهكذا نشأ السجل التجاري باعتباره قائمة تدرج فيها أسماء التجار أعضاء الطائفة المهنية. واقتصر استعمال القائمة على

أغراض إدارية تنظيمية تشبه نقابة التجار. كهيئة مهنية، وبعدها تطور هذا النظام، فأصبح السجل التجاري أداة للإستعلام عن التاجر دون الحاجة إلى رضاء التاجر وتصريحه بذلك وقد انتشر نظام السجل التجاري وتبنّته مختلف التشريعات، وإن اختلفت، اختلافا بينا من حيث الأغراض والوظائف المنوطة به (1). فهناك من اعتبره مجرد أداة احصائية تسهل الوصول إلى إحصائيات دقيقة عن حالة التجارة من حيث كمية رأس المال المستغل فيها، وعدد التجار وجنسيتهم، وأنواع التجارة المختلفة الموجودة على إقليم الدولة. وتأخذ بهذا النظام فرنسا، وهناك من ينظر إليه كنظام قانوني موضوعي يؤدي وظيفة الإشهار في المواد التجارية، وترتبط به أثار بالغة الخطورة وتأخذ بهذا النظام ألمانيا.

نظام السجل التجاري في القانون الفرنسي: صدر أول قانون للسجل التجاري سنة 1919، ولكن لم يكن يعترف بأي دور للإشهار. ولا يرتب على القيد أو عدم القيد أية آثار قانونية موضوعية مما جعل الفقه ينتقده على أساس أن هذا القانون لم ينشئ سجلا تجاريا Registre بل مجرد ملف Casier commercial(2) وفي 1953 أعاد المشرع الفرنسي تنظيم السجل، وأدمج نصوصه في المجموعة التجارية ذاتها. ومنح هذا القانون أهمية للسجل التجاري، وتبنى فيه موقفا وسطا بين الفكرة الإدارية والفكرة الإشهارية المطلقة التي يأخذ بها القانون الألماني.

وأهم ماجاء به هذا القانون، الرقابة على قيد البيانات في السجل التجاري، إذ يقوم قلم كتاب المحكمة الذي يتبعه السجل التجاري بفحص البياناتَ المطلوب قيدها للتأكد من مطابقتها للحقيقة. وفي سبيل ذلك له أن يطلب المستندات التي

---

(1) انظر محمد حسن عباس المرجع السابق ص 295 و296.

(2) Ou comme un repertoire de renseignements sur les commerçants et leurs entreprises. Revue trimestrielle du commerce 1954 p.233.

وانظرأيضا آكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 317 و318.

تؤكد صحة هذه البيانات، كما أخذ القانون بمبدأ عدم حجية البيانات غير المقيدة في السجل على الغير (1).

بينما يستطيع هذا الأخير أن يحتج ضد التاجر بأية واقعة في مصلحته ولو لم تكن قد قيدت في السجل (2). وأخيرا أقام القانون من قيد إسم الشخص في السجل التجاري قرينه غير قاطعة على اكتساب صفة التاجر. ويرى الفقه أن هذا القانون قد حقق تقدما كبيرا، ولكن أحكامه يشوبها بعض التعقيد، كما يعاب عليه أنه لا يأخذ بالإشراف القضائي الكامل على السجل لتكون لبياناته حجية مطلقة. ولقد صدرت عدة قوانين بعد ذلك تجعل من القيد إلتزاما قانونيا تترتب عليه بعض الآثار مثل قانون 1 جوان 1923 المعدل بقانون 17 مارس 1964 الخاص بالزام التاجر بوضع رقم القيد الخاص به على الأوراق والفواتير الخاصة بتجارته(3). وقانون 9 أوت 1953 الذي رتب جزاءات مدنية على عدم القيد في السجل، والقانون الصادر في 23 مارس 1968 الذي أعاد تنظيم أحكام السجل التجاري.

ورغم التعديلات التي طرأت على أحكام السجل التجاري الفرنسي إلا أنه يقف موقفا وسطا بين النظام الإداري والنظام الإشهاري (4).

نظام السجل التجاري في القانون الألماني: اعتبر القانون الألماني السجل التجاري كنظام أساسي من نظم القانون التجاري. له دور هام وخطير لأن الوظيفة المنوطة به تتعدى الوظيفة الإحصائية والإقتصادية، وإنما السجل التجاري في

---

(1) حسين النوري المرجع السابق ص 90.
(2) اكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 319.
(3) jauffret المرجع السابق ص 446.
(4) سميحة القليوبي المرجع السابق ص 164



النظام الألماني هو أداة للشهر القانوني يتمتّع بالحجية المطلقة فيما يخص البيانات التي تم قيدها فيه. لهذا أسند المشرع الألماني مهمة السجل التجاري للسلطة القضائية بحيث يقوم بها قاضي يدعى قاضي السجل، ومنحه سلطة واسعة للتحقق مْن صحة البيانات التي تقدم له قبل قيدها. كما مكنه من فرض غرامات تأديبية على التاجر لإجباره على تقديم البيانات الضرورية. ورتب القانون الألماني على السجل التجاري أثارا هامة تتمثل في ضرورة القيد لإكتساب صفة التاجر، فضلا عن أن البيانات المقيدة في السجل يجوز للتاجر الإحتجاج بها على الغير، حتى لو كان هذا الأخير يجهلها، إذ لها حجية مطلقة. أما البيانات غير المقيدة، فلا يجوز له الإحتجاج بها حتى لو كان الغير على علم بها.

وقد أوجب نظام السجل التجاري الألماني، على القاضي حماية الإسم التجاري، وذلك عن طريق مراجعة السجل للتأكد من خلوه من اسم يشبه اسم التاجر طالب القيد. فإذا ماعثر على هذا التشابه ألزم طالب القيد بتعديل اسمه حتى يمكن التمييز بينه وبين الإسم المقيد وهذا منعا للبس بينهما (1).

نظام السجل التجاري في القانون الجزائري: وكل المشرع الجزائري مهمة السجل لجهة إدارية تتمثل في المركز الوطني للسجل التجاري، ولكن القضاء يشرف عليها ويقوم بمراقبتها. فضلا عن قيامه بالنظر في المنازعات الخاصة بها. وبهذا النهج الذي نهجه المشرع الجزائري نجده يقف موقفا وسطا بين السجل التجاري الألماني الذي يرتب على عملية القيد الإشهار القانوني لأن المشرع الجزائري رتب نفس الأثر بدليل

---

(1) محمد فريد العريني المرجع السابق ص 174 و175. وانظر أيضا حسين النوري المرجع السابق ص 88.

وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 165.



المادة 19 من قانون السجل التجاري رقم 22/90 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق ل 18 أوت 1990 م المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 96/ 07 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق ل 10 يناير سنة 1996 والتي تنص على أن :"التسجيل في السجل التجاري عقد رسمي يثبت كامل الأهلية القانونية لممارسة التجارة ويترتب عليه الإشهار القانوني الإجباري ". وبين القانون الفرنسي الذي اعتبر السجل التجاري كأداة للإحصاء الاقتصادي في المجال التجاري فأسند مهمته إلى جهاز إداري، ومثله فعل المشرع الجزائري إذ أسند هذه المهمة إلى المركز الوطني للسجل التجاري وهو عبارة عن مرفق إداري.

- الملزمون بالقيد:

تناول التقنين التجاري في مادتيه 19 و 20 الأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري. فنصت المادة 19 على مايلي: "يلزم بالتسجيل في السجل التجاري: كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري، ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري. كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو يكون موضوعه تجاريا، ومقره في الجزائر، أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت.

أما المادة 20 فقد نصت على مايلي: " يطبق هذا الالزام خاصة على:

1 ــ كل تاجر، شخصا طبيعيا كان أو معنويا.

2 ــ كل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى.

3 ــ ككل ممثليه تجارية أجنبية تمارس على أن تحدد كيفيات التسجيل في السجل التجاري طبقا للتنظيم المعمول به.

وجاءت المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 مؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق 18 يناير سنة 1997 والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري لتؤكد على الأشخاص المكلفين بالقيد في السجل التجاري وهم الأشخاص الطبيعيون والأشخاص المعنوية فقضت بقولها: "يخضع لإلزامية القيد في السجل التجاري وفق ما ينص عليه التشريع المعمول به ومع مراعاة الموانع المنصوص عليها فيه:

1 ــ كل تاجر، شخص طبيعي أو معنوي.

2 ــ كل مؤسسة تجارية مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى.

3 ــ كل ممثليه تجارية أو وكالة تجارية تابعة للدول أو الجماعات أو المؤسسات العمومية الأجنبية التي تمارس نشاطها على التراب الوطني.

4 ــ كل مؤسسة حرفية وكل مؤسس خدمات سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

5 ــ كل مستأجر مسير محلا تجاريا.

6 ــ كل شخص معنوي تجاري بشكله أو بموضوعه التجاري، مقره في الجزائر أو يفتح بها وكالة أو فرعا أو أية مؤسسة أخرى.

7 ــ كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا يخضع قانونا للقيد في السجل التجاري.

إذن استنادا إلى هذه النصوص لا يتحقق القيد في السجل التجاري إلا إذا توافرت شروط معينة لممارسة مهنة التجارة وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

01 ـ يجب أن يكون الشخص تاجرا سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا:

يلتزم بالقيد في السجل التجاري كل من يتمتع بصفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا كالشركات والمؤسسات الإقتصادية والوكالات في حالة ما إذا اتخذت شكلا من الأشكال التي أضفى عليها القانون الصفة التجارية، أو مارست موضوعا يدخل في إطار المهنة التجارية، وسواء كان التاجر وطنيا أو أجنبيا.

02 ـ يجب أن لا يكون التاجر موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة النشاط التجاري:

هذا ما تقضي به المادة 13 من قانون السجل التجاري[1]. فإن كان هذا الشخص طبيعيا فيجب أن يكون من الأشخاص الذين يجيز لهم القانون ممارسة النشاط التجاري، إذ لا يجوز أن يكون داخلا في إطار مهني حر، كالمحامي أو الطبيب.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فيحظر عليه الإتجار مثلا في موضوع يدخل في نشاط الدولة، أو يتخذ شكلا يحظره القانون.

03 ـ ممارسة النشاط التجاري على التراب الجزائري:

لا يكفي التمتع بالصفة التجارية حتى يلتزم التاجر بالقيد في السجل التجاري، بل يجب أن يكون له محل تجاري سواء كان رئيسيا، أو فرعيا. وعليه فإذا كان

(1) المادة 13 من قانون السجل التجاري تنص على مايلي: «يجب على كل شخص طبيعي متمتع بالأهلية المدنية والحقوق الوطنية ويريد ممارسة نشاط يخضع للقانون التجاري أن يصرح بذلك لدى الضابط العمومي المؤهل قانونا بمقتضى هذا القانون ويبين بوضوح وصراحة أنه يريد أن يمارس هذا النشاط طبقا للقانون وحسب الأعراف التجارية وأنه لم يكن موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة ذلك النشاط أو المهنة.

التاجر يتمتع بالجنسية الجزائرية ولكن محله يوجد في الخارج، ففي هذه الحالة رغم تمتعه بصفة التاجر لا يلتزم بالقيد في السجل التجاري الجزائري.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فيشترط القانون أن تمارس نشاطها على التراب الجزائري وهذا حتى لو كان مركزها الرئيسي في الخارج، ولا تزاول في الجزائر إلا نشاطا فرعيا أو ثانويا. ونلاحظ في هذا الصدد تكاملا بين القوانين الجزائرية، فإذا كان القانون التجاري في المادة 19 منه وفي المادة 20 المعدلة بأمر رقم 96-27 الصادر في ديسمبر 1996،بل أن المادة 4 من المرسوم التنفيذي المتعلق بشروط القيد في سجل التجاري أشارت على أنه يشترط على الشخص المعنوي القيد في السجل التجاري حتى لو كان له مجرد مكتب أو فرع أو وكالة في الجزائر كما أن المادة 50 من التقنين المدني فقرة 5 تؤكد ذلك بقولها : الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج، ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

ومعنى هذا النص، أن الشركات حتى لو كان مركزها الرئيسي في الخارج، ولكنها تمارس نشاطها في الجزائر وقد يكون هذا النشاط الذي تمارسه الشركات فرعيا أو ثانويا بجانب النشاط الرئيسي التي تقوم به في الخارج، ومع ذلك فإن القانون الجزائري يخضعها لأحكامه أي أحكام القانون التجاري وأحكام قانون السجل التجاري، فلا يجوز إطلاقا إخضاعها للقانون الأجنبي.

أثار القيد في السجل التجاري.

01 ـ إذا توافرت الشروط المذكورة أعلاه، وتم قيد التاجر في السجل التجاري ترتبت على ذلك أثار قانونية، إذ نجد المادة 21 من التقنين التجاري تنص على ما يلي : كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين الجاري بها العمل، إلا إذا ثبت خلاف ذلك ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة. وتنص المادة 18 من قانون السجل التجاري على ما يلي : يثبت التسجيل في السجل التجاري الصفة القانونية للتاجر، ولا تنظر في حالة اعتراض أو نزاع إلا المحاكم المختصة، ويخول هذا التسجيل الحق في حرية ممارسة النشاط التجاري.

وتوضح هاتان المادتان أن القيد في السجل التجاري يعتبر قرينه على ثبوت الصفة التجارية للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي بحيث يتمتع بممارسة النشاط التجاري على التراب الجزائري بكل حرية.

ولكن هذه القرينة أصبحت قاطعة لا يمكن دحضها أمام المحاكم المختصة لأن المادة 21 من القانون التجاري قد عدلت بموجب أمر 27/96 الصادر في 1996/02/9 فحذفت العبارة ما قبل الأخيرة (إلا إذا ثبت خلاف ذلك) وأصبح نص المادة 21 كالتالي : " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة ."

وعلى هذا الأساس هل اكتساب صفة التاجر تستمد من امتهان الشخص للأعمال التجارية أو من قيده في السجل التجاري؟

02 ـ يرتب القيد الإشهار القانوني الإجباري، بحيث يكون للغير الإطلاع على وضعية التاجر ومركز مؤسسته، وملكية المحل ونوع النشاط الذي يستغله الخ...

أما بالنسبة للشركات التجارية فيتمثل الشهر الإجباري في تمكين الغير من الإطلاع على محتوى العقود التأسيسية والتحويلات أو التعديلات التي أجريت على رأس المال والتصرفات القانونية التي أجريت على محلها من بيع ورهن الخ... [1].

---

1) المادة 20 من القانون السجل التجاري تنص على ما يلي : " يستهدف الإشهار القانوني الإجباري فيما يخص الشركات التجارية والمؤسسات الفردية في مفهوم الفقرة الثالثة من المادى 6 من هذا القانون اطلاع الغير على محتوى العقود التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات والعمليات التي تشمل رأسمالها ورهون الحيازة وتأجير التسيير وبيع المحل التجاري والحسابات والسندات الإشعارية المالية. وتخضع للإشهار القانوني الإجباري سلطات أجهزة الإدارة أو التسيير وحدودها ومدتها وكذلك جميع الاعتراضات التي تشمل هذه العمليات. كما تخضع للإشهار القانوني الإجباري كل الأحكام القضائية التي تتعلق بتصفيات التراضي أو بالإفلاس وجميع التدابير التي تقرر الحظر أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة ".

المادة 21 من نفس القانون تنص على ما يلي : الإشهار القانوني الإجباري فيما يخص الأشخاص الطبيعيين التجار، إطلاع الغير على وضعية التاجر وأهلية وموطن مؤسسته الرئيسي الذي يستغل فيه تجارته فعلا وعلى ملكية المحل التجاري. ويجب على التاجر غير المستقر أن يتخذ موطنا قانونيا يناسب احتياجات تجارته في الإقامة الاعتيادية.

03- عند إجراء القيد يسلم للتاجر سجلا يحتوي على رقم التسجيل، فالمادة 16من قانون السجل التجاري تنص على مايلي: "لايسلم إلا سجل تجاري واحد لأي شخص طبيعي تاجر في مفهوم هذا القانون. ولا يمكن الإدارات أن تطلب من التاجر صورا أو نسخا من السجل التجاري إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة". وإذا كانت هذه المادة تنص على ضرورة تسليم سجل تجاري واحد طيلة حياة التاجر، فإن رقم التسجيل يجب أن يذكر في جميع المستندات الخاصة بالتاجر وبتجارته وهذا ماتقضي به المادة 27 من القانون التجاري بقولها: "يجب على كل شخص طبيعي أومعنوي مسجل في السجل التجاري أن يذكر في عنوان فواتره أوطلباته أوتعريفاته أونشرات الدعاية أوعلى كل المراسلات الخاصة بمؤسسته والموقعة عليه منه وبإسمه، مقر المحكمة التي وقع فيها التسجيل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذي حصل عليه، وكل مخالفة لهذه الأحكام يعاقب عنها بغرامة قدرها 180د ج إلى 360د ج.

04- يؤدي القيد في السجل التجاري إلى ميلاد الشخصية المعنوية للشركة وتمتعها بالأهلية القانونية هذا ماتنص عليه المادة 549 من القانون التجاري بقولها: "لاتتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل اتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد في أموالهم، إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها".

وفي حالة ما إذا طرأ أي تعديل على العقد التأسيسي للشركة، يشترط القانون قيده حتى يتسنى للشركة الإحتجاج به قبل الغير، وإلا اعتبر باطلا، هذا ماتقضي به المادة 548 من القانون التجاري بقولها: "يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات لدى المركز الوطني للسجل التجاري. وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة".

05- لاتتوقف إلتزامات صاحب المحل ويبقى مسؤولا عنها في مواجهة الغير حتى يتم قيدها في السجل التجاري هذا ماتقضي به المادة 23 من القانون التجاري بقولها: "لايمكن للتاجر المسجل الذي يتنازل عن متجره أويؤجره، أن يحتج بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية الواقعة على عاتقه من جراء الإلتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر، إلا ابتداء من اليوم الذي وقع فيه إما الشطب وإما الإشارة المطالبة، وإما الإشارة التي تتضمن وضع المتجر على وجه التأجير".

إجراءات القيد

بالنسبة للشخص الطبيعي: يشترط القانون لممارسة التجارة أن يكون الشخص متمتعا بالأهلية المدنية والحقوق الوطنية، فيصرح لدى الضابط العمومي للسجل التجاري أنه يرغب في ممارسة التجارة، ويجب أن يكون موطنه في عنوان المؤسسة التي يمارس فيها تجارته بصفة منتظمة وفعلية. وفي حالة ماإذا كانت له مؤسسات في أماكن متعددة يجب أن يتم التسجيل حسب الأماكن المتواجدة فيها مؤسساته(1).

بالنسبة للشركات: يجوز لكل عضو في الشركة إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية أن يطلب التسجيل في السجل التجاري للشركات التجارية، للشخصية المعنوية التي يعمل لحسابها بوصفه ممثلا مفوضا قانونا، ولإجراء عملية تسجيل الشركة عليه أن يودع القانون الأساسي للشركة، ومداولات الجمعية العامة أو الجمعيات العامة التأسيسية، ومحضر انتخاب أجهزة الإدارة والتسيير، وبيان السلطات المعترف بها للمسيرين، وجميع العقود المنصوص عليها صراحة في التشريع المعمول به.

---

(1) المادة 13 من قانون السجل التجاري الجزائري.

وبعد أن يتحقق مأمور السجل التجاري من مطابقة شكل الشركة التجارية للأحكام القانونية المعمول بها، ويتحقق من الدفع الفعلي لرأس المال المطلوب قانونا من الشركة، ومن اختيارها مقرا رئيسيا لها. ويقوم مأمور السجل التجاري للشركة بتسليم وصل التسجيل شريطة ألا يعترض الغير على ذلك. وفي حالة اعتراض الغير على هذا التسجيل، يتوقف التسجيل ويحال الإعتراض للدراسة من قبل قاضي مكلف بالسجل التجاري حسب الأمور الإستعجالية (1).

التعديلات التي تطرأ على وضع التاجر أو التأشير بالتعديلات أو محو التسجيل:

ألزم القانون التاجر بالتأشير في السجل التجاري بأي تغيير يطرأ على تجارته، كالتاجر الذي يغير نشاطه، كأن يكون تاجرا للمواد الغذائية ويحول تجارته إلى تجارة الملابس أو الأحذية. أو شركة تضامن تتحول إلى شركة ذات مسؤوليةمحدودة، أو تغيير رأس مال الشركة أو توقف التاجر عن مزاولة التجارة أو وضع شركة في حالة تصفية إلى غير ذلك. والتأشير بالتعديل لايقتصر على التاجر فحسب، بل يجوز لكل من له مصلحة في ذلك أن يقوم بهذا الإجراء، هذا ماجاء في نص المادة 26 من القانون التجاري وأكدته المادة 33 من قانون السجل التجاري. فالمادة 26 نصت على مايلي: "إن الإشارة الخاصة بالتعديلات الطارئة على وضعية التاجر المسجل، وكذلك التشطيبات الواقعة في حالة توقف نشاطه أو عند وفاته، يمكن طلبها من كل شخص له مصلحة في ذلك. وإذا لم تصدر من المعني بالأمر نفسه، فإن العريضة تؤدي إلى حضور الطالب فورا أمام القاضي المكلف بمراقبة السجل التجاري والذي يبث في الشكل. ويتعين على الموثق الذي يحرر

---

(1) المادتين 10 و11 من قانون السجل التجاري الجزائري.

عـقدا ذا أثر بمـادة السجل التـجاري بالنسـبة للأطراف المعنيـين، أن يقـوم بكل الإجراءات المتعلقة بالعقد الذي يحرره".

أما المادة 33 من قانون السجل التجاري فقد نصت على مايلي:

"إذا هلك شخص طبيعي مسجل في السجل التجاري، وجب على الورثة أو ذوي الحقوق أن يطلبوا بيان ذلك في السجل التجاري في أجل أقصاه شهران ابتداء من تاريخ الوفاة. ويقـوم الضـابط العـمومي، بالشطب تلقـائيـا عند انقـضـاء أجل سنة واحدة ابتداء من تاريخ الوفاة، إلا إذا كان من الضروري أن يستمر الإستغلال مدة على وجه الشيوع. ويجب في هذه الحالة على الورثة أو ذوي الحقوق عـموما أن يطلبوا على سبيل التعديل التمديد من سنة إلى سنة. كما يجب عليهم أن يعرفوا في شأن كل واحد منهم اسمه ولقبه وعنوانه وصفته الوراثية ويحددوا بدقة من يستمر في الإستغلال وشروطه لحساب المالكين على الشيوع"

إذن يقع على عاتق التاجر الإلتزام بالتأشير على كل تغيير أو تعديل يطرأ على نشاطه. وفي حالة توقف نشاطه بسبب الوفاة، يجب على الورثة التأشير بذلك في خلال شهرين من تاريخ الوفاة. أما إذا رغبوا في الإستمرار في استغلال المشروع بينهم، فعليهم طلب التأشير بذلك في السجل التجاري. فإذا لم يقوموا بالتأشير ولا بالشطب ولا بالإستمرار في استغلال المشروع عند وفاة مورثهم، وجب عندئذ على الضابط العمومي للسجل التجاري. القيام بالشطب من تلقاد نفسه، وهذا في أجل سنة ابتداء من تاريخ الوفاة.

وإذا كان يقع على التاجر إلتزام القيد في السجل التجاري. فإن الإخلال بهذا الإلتزام يترتب عنه أثار قانونية، فضلا عن إيقاع جزاءات عند عدم القيد في السجل التجاري.

01- أثار عدم القيد في السجل التجاري:

تنص المادة 22 من القانون التجاري على مايلي: "لايمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري، والذين لم يبادروا بتسجيل أنفسهم عند انقضاء مهلة شهرين أن يتمسكوا بصفتهم كتجار، لدى الغير أو لدى الإدارات العمومية إلا بعد تسجيلهم، غير أنه لا يمكن لهم الإستناد لعدم تسجيلهم في السجل بقصد تهربهم من المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة".

فحوى هذا النص، أن كل من يزاول النشاط التجاري، في خلال شهرين من تاريخ بدء نشاطه، يلتزم بالقيد، فإن لم يفعل خلال هذه المهلة يحظر عليه التمسك بصفته كتاجر في مواجهة الغير، أي تسقط عنه الحقوق التي يتمتع بها باعتباره تاجرا، بينما المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة يتحملها التاجر، وهذا جزاء لإخلاله بالإلتزام بالقيد في السجل التجاري. كما لايمكن للتاجر الإحتجاج ببعض البيانات الضرورية لمزاولة التجارة تجاه الغير إذا لم يقيدها في السجل التجاري إلا إذا ثبت أن الغير كان على علم بها. هذا ماقضت به المادتان 24 و25 من القانون التجاري. فالمادة 24 نصت على مايلي: "لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري، أن يحتجوا اتجاه الغير المتعاقدين معهم بسبب نشاطهم التجاري أو لدى الإدارات العامة، بالوقائع موضوع الإشارة المشار إليها في المادة 25 وماليليها، إلا إذا كانت هذه الوقائع قد أصبحت علنية قبل تاريخ العقد بموجب إشارة مدرجة في السجل مالم يثبتوا بوسائل البينة المقبولة في مادة تجارية أنه في وقت إبرام الإتفاق، كان أشخاص الغير من ذوي الشأن، مطلعين شخصيا على الوقائع المذكورة.

- أما المادة 25 فقد نصت على مايلي: "تسري أحكام المادة السابقة حتى فيما إذا كانت الوقائع موضوع نشر قانوني آخر وذلك:

01- في حالة الرجوع عن ترشيد التاجر القاصر تطبيقا لأحكام التشريع الخاص بالأسرة، وعند إلغاء الإذن المسلم للقاصر الخاص بممارسة التجارة.

02- في حالة صدور أحكام نهائية تقضي بالحجز على تاجر وبتعيين إما وصي قضائي، وإما متصرف على أمواله.

03- في حالة صدور أحكام نهائية تقضي ببطلان شركة تجارية أو بحلها.

04- في حالة انهاء أو إلغاء سلطات كل شخص ذي صفة ملزمة لمسؤولية تاجر أو شركة أو مؤسسة اشتراكية.

05- في حالة صدور قرار من جمعية عامة لشركة مساهمة أوذات مسؤولية محدودة يتضمن الأمر باتخاذ قرار من الجمعية العامة في حالة خسارة 3/4 من مالية الشركة".

- أما المادة 29 من قانون السجل التجاري فتنص على مايلي:

"لايحتج على الغير بالعقود المنصوص عليها في المواد من 19 إلى 22 من هذا القانون إذا لم تكن موضوع اشهار قانوني اجباري، لكنها تلزم مع ذلك مسؤولية الأشخاص المعنيين المدنية والجنائية".

إذن لايجوز الإحتجاج على الغير بصفة التاجر ولا بالوضعية التجارية سواء كان التاجر شخصا طبيعيا أو معنويا إلا بعد القيد، فإذا لم يقم بالقيد في السجل التجاري سقط حقه في ذلك وقامت مسؤوليته المدنية والمتمثلة في عدم الإحتجاج اتجاه الغير بصفته كتاجر أو بالبيانات اللازمة لتجارته كما تقوم مسؤوليته الجزائية والمتمثلة فيما يلي:

02- جزاء عدم القيد في السجل التجاري:

رتب القانون جزاءات جنائية على عدم القيد في السجل التجاري تتمثل في الحبس الذي لا يقل من 10 أيام ولا يزيد عن 3 سنوات، وفي غرامة لا تقل عن 5000د دج ولا تزيد عن 30.000 دج هذا ما جاء في أحكام قانون السجل التجاري، حيث نصت المادة 26 على مايلي: «يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 500 دج و20.000د ج على عدم التسجيل في السجل التجاري. وفي حالة العود، تضاعف الغرامة المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه مع اقترانها بإجراء الحبس لمدة تتراوح بين عشرة أيام وستة أشهر، ويمكن القاضي أن يتخذ زيادة على ذلك إجراءات إضافية تمنع ممارسة التجارة.

- والمادة 27 نصت على مايلي: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 5000د ج و20.000د ج، وبالحبس لمدة تتراوح بين عشرة أيام وستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص تعمد بسوء نية تقديم تصريحات غير صحيحة أوأعطى بيانات غير كاملة قصد التسجيل في السجل التجاري.

وفي حالة العود تضاعف العقوبات السالفة الذكر. ويأمر القاضي المكلف بالسجل التجاري تلقائيا وعلى نفقة المخالف تسجيل هذه العقوبات في هامش السجل التجاري ونشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية".

- أما المادة 28 فتنص على مايلي: "يعاقب بالحبس مدة تتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنين وبغرامة مالية تتراوح بين 10.000د ج و30.000د ج كل من يزيف أو يزور شهادات التسجيل في السجل التجاري أو أية وثيقة تتعلق به قصد اكتساب حق أو صفة".

- أما أحكام القانون التجاري، فقد نصت هي الأخرى على جزاءات جنائية تمثلت في الحبس والغرامة فنجد المادة 28 منه قد نصت على مايلي: "كل شخص ملزم بأن يطلب تسجيل اشارة تكميلية أو تصحيحية أو شطب في السجل

التجاري، ولم يستكمل الإجراءات المطلوبة منه في غضون 15 يوما من ضبط المخالفة دون عذر مبرر، يستدعي لدى المحكمة التي تنظر في المخالفة.

ويعاقب عن هذه الأخيرة بغرامة قدرها من 400د ج إلى 20.000د ج وبالحبس من 10 أيام إلى 6 أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

وتأمر المحكمة التي تقضي بالغرامة بتسجيل الإشارات أو الشطب الواجب إدراجه في السجل التجاري خلال مهلة معينة وعلى نفقة المعنى".

- أما المادة 29 فقد نصت على مايلي: "كل من يقدم، عن سوء نية معلومات غير صحيحة أو غير كاملة بقصد الحصول على تسجيل أو شطب أو إشارة تكميلية أو تصحيحية في السجل التجاري، يعاقب بغرامة قدرها من 500د ج إلى 20.000د ج وبالحبس من 10 أيام إلى 6 أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

- إذن فإن مخالفة التاجر للإلتزام بالقيد في السجل التجاري تترتب عليها جزاءات صارمة، ويرجع هذا لأهمية القيد الذي يرمي إلى إعلان الغير ودعم الإئتمان في الميدان التجاري حتى لا يتعرّض التاجر لمفاجاءات قد تهزّ مركزه المالي، إذ يستند للبيانات الواردة في السجل التجاري بقصد القيام ببعض العمليات التجارية.

الفصل الثاني

المحل التجاري



لقد استعملت عبارة المحل التجاري قديما، وكان يقصد بها المكان الذي تمارس فيه التجارة وتعرض فيه السلع ويستقبل فيه العملاء. وظلت فكرة المحل التجاري مجهولة حيث لم يحاول أحد أن يقرب بين العناصر المختلفة الضرورية للإستغلال التجاري على أساس أنها وحدة ذات قيمة خاصة (1).

إذن كانت النظرة إلى المحل التجاري هي نظرة مادية بحتة لاتنفذ إلى ماوراء الأشياء كالسلع والمهمات، وهذا إلى غاية أواخر القرن 19 إذ استقر الفقه والتشريع (2) على أن المحل التجاري هو عبارة عن فكرة معنوية تنطوي تحتها مجموعة الأموال المخصصة لفرض الإستغلال التجاري. وهذه المجموعة تتضمن نوعين من العناصر، عناصر مادية كالسلع والمهمات وعناصر معنوية هي الأهم، كالإتصال بالعملاء والإسم التجاري والعلامة التجارية وغيرها.

هذا ويتميز المحل التجاري عن المؤسسة التجارية في أن هذه الأخيرة بجانب ضرورة احتوائها على مجموعة من العناصر الموضوعية التي بواسطتها يمارس نشاط المؤسسة، فإن المؤسسة عبارة عن مجموعة من الأشخاص يمارسون نشاطا جماعيا بقصد تحقيق هدف اقتصادي معين (3).

---

(1) أحمد فاضل المحل التجاري بحث لنيل ديبلوم الدراسات العليا فرع القانون الخاص سنة 1976، 1977 ص 2.

(2) علي حسن يونس: المحل التجاري النشر دار الفكر العربي القاهرة 1974 ص 111 وانظر أيضا اكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 460 الذي يّرى أن الفضل في ظهور فكرة المحل التجاري يرجع إلى التجار أنفسهم، لا إلى رجال القانون، فهم الذين تصوروا لأول مرة امكان انتقال المحل إلى الغير بكل عناصره، وبكل القيم التي ينطوي عليها. أما المشرع فلم يفعل سوى أنه استجاب لتطور الحياة.

(3) Hamel المرجع السابق ص 242.
وانظر أيضا علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 57.
وانظر أيضا أحمد فاضل المرجع السابق ص 149.

ولقد جاءت عدة تعريفات في المحل التجاري منها أن المحل هو مال منقول معنوي يشمل اتصال التاجر بعملائه واعتيادهم التردد على المتجر نتيجة عناصر الإستغلال التجاري (1). وهناك من عرفه بأنه: "كتلة من الأموال المنقولة تخصص لممارسة مهنة التجارة، وتتضمن بصفة أصلية بعض مقومات معنوية، وقد تشمل على مقومات أخرى مادية". وهناك من عرفه بأنه "مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة مهنة التجارة، وقد يسمى بالمتجر أو المصنع بحسب ما إذا كان مخصصا لمزاولة التجارة بالمعنى الضيق أو لمزاولة الصناعة، ويسمى أيضا بالمنشأة في تطبيق قوانين الضرائب والعمل".

واستند البعض على عنصر العملاء فعرفوه بأنه: "ملكية معنوية تتكون من حق الإتصال بالعملاء وترتبط أساسا بعناصر الإستغلال" (2).

ومهما اختلفت الآراء فإن المحل التجاري هو عبارة عن مال معنوي منقول يقوم على ضرورة ممارسة نشاط تجاري مشروع، إذ لا وجود للمحل التجاري إلا إذا كان النشاط من طبيعة تجارية، أما في المهن المدنية، فإنه يمتنع تطبيق أحكام المحل التجاري حتى لو كانت هذه المهن تقوم على عنصر الإتصال بالعملاء.

---

(1) أحمد محرز المرجع السابق ص 179 وانظر أيضا محمد حسن عباس المرجع السابق ص 368.

(2) Ripert المرجع السابق ص 337.

المبحث 1-

عناصر المحل:

للمحل التجاري عناصر مادية وأخري معنوية، هذا ما جاء في نص المادة 78 من القانون التجاري: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته كما يشمل سائر الأموال الأخرى اللازمة لإستغلال المحل التجاري، كعنوان المحل والإسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية، كل ذلك مالم ينص على خلاف ذلك".

المطلب 1- العناصر المادية

وتتمثل في المعدات والآلات والبضائع، ويقصد بالمعدات والآلات تلك المنقولات التي يستخدمها التاجر في الإستغلال التجاري كأدوات الوزن والقياس، والآلات التي تستخدم في المحاسبة والإنتاج والسيارات التي تستعمل لنقل البضائع الخ...

أما البضائع، فهي الأشياء التي يجري عليها التعامل، أي السلع التي يقوم التاجر ببيعها كالأحذية الموجودة في محل الأحذية أو الملابس في محل يقوم ببيع الملابس أو الأقمشة الخ... وأحيانا قد تختلط البضائع بالمعدات إذا كان الغرض منها تشغيل المحل وصناعة المواد (1) كما هي الحال بالنسبة لمادة الفحم أو الزيت التي تلزم لتسيير ألات المصنع. أما إذا تمثل نشاط التاجر في بيعها، فتعد من قبيل البضائع، وكذلك قد تعتبر الحيوانات من قبيل المعدات في بعض الحالات ومن قبيل البضائع في حالات أخرى.

---

(1) علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 16.
وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 355.
وانظر أيضا Ripert المرجع السابق ص 348 و349.

فالماشية التي يستخدمها محل بيع الألبان في الحصول على الألبان التي يقوم ببيعها تعتبر من قبيل المعدات، بينما إذا كان صاحب المحل يتجر في بيع الماشية فتعد هذه الأخيرة من قبيل البضَائع.

المطلب 2- العناصر المعنوية: وهي تلك الأموال المنقولة المعنوية التي تستغل في النشاط التجاري. وتتفاوت أهمية العناصر المعنوية بحسب نوع النشاط التجاري، غير أن هناك من العناصر الضرورية، مالا يتصور قيام المحل التجاري بدونها ، كعنصر الإتصال بالعملاء والشهرة. لهذا أكد المشرع الجزائري إلزاميتهما في المحل التجاري. وعلى كل حال، فإن العناصر المعنوية للمحل التجاري تتمثل فيما يلي:

01- الإتصال بالعملاء والسمعة التجارية أو الشهرة: لقد أثير جدال فقهي حول مفهوم الإتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهل يعتبران شيئا واحدا أو عنصرين متميزين؟

رأى البعض أن السمعة التجارية، ليست شيئا متميزا عن عنصر الإتصال بالعملاء لأن كلا منهما يعني الفائدة التي تعود على المحل التجاري من حركة التعامل التي تجري معه. وتعتبر هذه الفائدة عنصرا جوهريا في المحل التجاري.

غير أن البعض الآخر فرق بين الإتصال بالعملاء والسمعة على أساس أن المقصود بالعملاء هو الإتصال بالمحل التجاري بسبب مزايا يتمتع بها صاحب المحل، كلبقاته أو أمانته أو نظافته أو حسن معاملته للزبائن بينما السمعة التجارية تنشأ من اتصال العملاء بالمحل التجاري بسبب بعض المزايا الخاصة بالمحل نفسه كعرض البضائع بشكل جيد وجذاب.

إذن فالسمعة تعتمد على مزايا ذات طابع عيني متعلقة بالمحل، ويكون لها دور في اجتذاب العملاء. والعملاء هم الزبائن الذين يترددون على المحل التجاري بقصد الحصول على حاجياتهم سواء بصفة اعتيادية أو عارضة ويحرص التاجر

دائما على أن تستمر علاقته مع عملائه ويعمل على تنميتها بكل الوسائل المشروعة حتى يقبلوا على محله.

وعنصر الإتصال بالعملاء لايعني أن للتاجر حق ملكية على العملاء إذ ليس هناك مايلزمهم بالإستمرار في الإقبال على متجره والتعامل معه. ولكن لهذا العنصر، قيمة اقتصادية تراعي عند تقدير المحل التجاري. وهذا العنصر يعتبر من أهم العناصر بل هناك من يعتبره هو المتجر ذاته (1)، أما العناصر الأخرى فهي ثانوية تساعد على تحقيق الغرض الأساسي الذي يهدف إليه صاحب المتجر، وهو دوام الإتصال بزبائنه وإقبالهم على متجره. ويرى الأستاذ علي جمال الدين أنه إذا تصرف صاحب المحل في بعض عناصر المحل التجاري، واحتفظ لنفسه بالحق في الإتصال بعملائه، فلا يرد تصرفه على المحل التجاري. أما إذا تصرف في عنصر الإتصال. بالعملاء واحتفظ بكافة العناصر الأخرى، انصب تصرفه على المحل التجاري. وعنصر الإتصال بالعملاء حق مالي يمكن التصرف فيه. وينظم القانون حمايته عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

02-السمعة التجارية: وهي قدرة المحل على اجتذاب العملاء بسبب المزايا التي يتمتع بها كجمال العرض، ودقة التنظيم، وجودة السلع الخ... وهذه مزايا ملتصقة بالمحل التجاري وليس بشخص التاجر كما هي الحال في عنصر الإتصال بالعملاء، وإن كانت غالبية الفقه ترى أن هذه التفرقة لاتترتب عليها أية فائدة، فضلا عن أن عنصر الشهرة وعنصر الإتصال بالعملاء قد يصعب التمييز بينهما في بعض الحالات، كما لو كانت شهرة المحل ترجع إلى صاحب المحل الذي يمتاز بالأمانة والإتقان في العمل والنظافة.

---

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق ص 356.
وانظر أيضا Ripert المرجع السابق ص 347.

03-الإسم التجاري: هو الإسم الذي يطلقه صاحب المحل أو المشغل للمحل على المحل التجاري. وقد يكون اسم الشخص المالك للمحل. وقد يكون اسما مبتكرا حتى يميزه عن بقية المحال التجارية (مثل) أحذية الشرق أو فندق هلتون أوملابس كوثر الخ... وفي حالة ما إذا أطلق صاحب المحل اسمه على المحل التجاري، فلا يعني ذلك اختلاط الإسم المدني بالإسم التجاري، بل يبقى كل واحد منهما متميزا عن الآخر، إذن الإسم المدني جزء من شخصية صاحبه وبالتالي لا يجوز التصرف فيه، بينما الإسم التجاري هو عنصر من عناصر المحل، ومن ثم يجوز التصرف فيه كلما انصب التصرف على المحل.

وإذا كان إسم المحل هو إسم صاحبه، فلا يجوز للمشتري في حالة الشراء أن يستعمله إلا في الأغراض المتعلّقة بتجارة المحل. وقد يضيف المشتري اسمه مقترنا بكلمة خلفائه أو يضيف كتابة اسمه بحروف صغيرة. وفي هذه الحالة يجوز للبائع أو ورثته الرجوع على المشتري إذا أخل باستعمال الإسم. كما يجوز في حالة بيع المحل أن يشترط البائع على المشتري عدم استعمال الإسم التجاري أن يستبعده عن العناصر التي ينصب عليها البيع. ويستعمل الإسم التجاري للتوقيع به على معاملات التاجر أو على الأوراق التجارية لأن الإسم التجاري يتضمن اسم التاجر، وبما أنه عنصر من عناصر المحل التي تدخل في تقدير المحل، ففي حالة انتحاله يحق لصاحبه رفع دعوى المنافسة غير المشروعة على من انتحل اسمه لمطالبته بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء ذلك (1).

04- العنوان التجاري Raison commerciale يقصد به التسمية المبتكرة التي يختارها التاجر لتمييز محله التجاري عن المحلات التجارية الأخرى، التي تمارس نفس النشاط مثلا، فندق هيلتون أو أحذية الشرق أو ملابس كوثر. ويختلف

---

(1) Ripert المرجع السابق ص 347

العنوان التجاري عن الإسم التجاري. فالتاجر غير ملزم باتخاذ تسمية مبتكرة لمحله في حين أنه ملزم باتخاذ إسم تجاري. كما أن العنوان التجاري لا يستمد من الإسم الشخصي للتاجر.

ويعتبر العنوان التجاري أو التسمية المبتكرة عنصرا من عناصر المحل له دور فعال في جذب العملاء، إذ أن شهرة المحل قد تعتمد أحيانا على التسمية المبتكرة المعروفة لدى العملاء. وهذا العنصر قد يوجد وقد لا يوجد. وينشأ حق التاجر في العنوان التجاري بأسبقية استعمال التسمية ويشترط أن يكون الإستعمال ظاهرا أو ينقضي هذا الحق بترك استعماله (1).

العقار ليس عنصرا في المحل التجاري: إن التاجر قد يمارس تجارته إما في عقار مملوك للغير أو مملوك له. ففي الحالة الأولى يعد التاجر مستأجرا للعقار. ونحن نعلم أن الحق في الإيجار يعد عنصرا من عناصر المحل وينتقل إلى المشتري في حالة بيعه. وفي الحالة الثانية أي إذا كان التاجر يزاول التجارة في عقار مملوك له. فلا يوجد حق في الإيجار.

لذا يثار التساؤل حول العقار هل يعتبر عنصرا من عناصر المحل بحيث تنتقل ملكيته إلى المشتري في حالة بيع المحل التجاري؟.

وقد استقر الرأي الراجح على عدم اعتبار العقار كعنصر من عناصر المحل لأن هذا الأخير يعد مالا منقولا، ومن ثم لا يجوز ادخال العقار كعنصر في المحل بل يظل العقار الذي استعمله مالكه في الإستغلال التجاري بعيدا عن عناصر المحل

---

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق ص 358 و359.

(1). ولكن المحل التجاري الذي يتمثل نشاطه في شراء العقارات من أجل إعادة بيعها يعد عملا تجاريا استنادا لنص المادة 2 الفقرة 2 من التقنين التجاري التي اعتبرت عملا تجاريا بحسب الموضوع كل شراء للعقارات لإعادة بيعها. وفي هذه الحالة فإن العقارات تعد بمثابة بضائع.

05- الحق في الإيجار: يقصد به حق صاحب المحل في الإنتفاع بالعقار كمستأجر، قد جرت العادة على أن يزاول التاجر نشاطه التجاري في مكان معين، غير أن فكرة المكان ليست شرطا لممارسة مهنة التجارة كما هي الحال بالنسبة للتجار المتجولين، ومن ثم فلا محل لحق الإيجار إلا إذا كان التاجر مستأجرا للمكان الذي يمارس فيه تجارته، أو إذا كان صاحب العقار هو الذي يمارس فيه التجارة. ويمثل الحق في الإيجار أهمية كبرى، لاسيما إذا كان المحل يقع في منطقة تكثر فيها الأسواق والأنشطة المماثلة بحيث يسهل على العملاء إجراء المقارنة بينها والإقبال على الشراء (2). ولهذا إذا ورد التصرف على المحل، فإنه يرد أيضا على الإيجار. ولقد تعرّض المشرع لحماية هذا الحق في المادة 172 ومايليها من القانون التجاري، فيجوز للمستأجرين أو المحول إليهم المحل أوذوي الحقوق التمسك بتجديد عقار الإيجار إذا استغلوا المحل مدة سنتين متتابعتين طبقا لإيجار واحد أو أكثر أو مدة أربع سنوات متتابعة وفقا لإيجار واحد أو أكثر متتالية سواء كان عقد الإيجار شفويا أوكتابيا. كما يحق للمؤجر أن يرفض تجديد

---

(1) علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص190
انظر أيضا أحمد محرز المرجع السابق ص 188.
وانظر أيضا سميحة القليوبي المرجع السابق ص 353.
(2) علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 22.
وانظر أيضا أحمد فاضل المرجع السابق ص 16.
وانظر أيضا Ripert المرجع السابق ص 353.

الإيجار إذا انتهت مدته./ غير أنه يلتزم بالتعويض إذا ترتب عن عدم تجديد عقد الإيجار ضرر للمستأجر. وفي هذه الحالة يشمل التعويض، تقدير القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة، مع ماقد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب. وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري له نفس القيمة (1).

06- حقوق الملكية الصناعية: هي تلك الحقوق التي ترد على الإبتكارات الجديدة كبراءة الإختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية فهي حقوق معنوية تخضع أصلا لتنظيم خاص، فيكون لصاحبها أن يستأثر باستغلالها. ويقوم القانون بحمايته. كما يجوز له التصرف فيها. وإذا كانت من بين عناصر المحل التجاري وانصب التصرف على هذا الأخير شملها التصرف أيضا.

إذن فحقوق الملكية الصناعية هي عبارة عن ابتكارات جديدة تستغل في المجال الصناعي سواء تعلقت بمنتجات صناعية جديدة، أو بوسائل صناعية حديثة.

وتقوم الدولة بمنح كل مخترع شهادة تدعى براءة الإختراع تمكنه من استغلال اختراعه ومن بينها:

الرسوم والنماذج الصناعية: وهي عبارة عن ترتيبات للخطوط أو أشكال جسم قد يكون بالألوان أوبغير الألوان تستخدم في الإنتاج الصناعي بوسيلة آلية أويدوية أوكيماوية كتلك التي ترسم على الأقمشة أوالمنتجات المعدنية أوالمصنوعات العامة بحيث يكون لها طابع معين يميز السلعة التي وضعت عليها.

---

(1) المادة 176 من القانون التجاري تنص على مايلي: "يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار، غير أنه ينبغي عليه فيما عدا الإستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 ومايليها أن يسدد للمستأجر المخلى التعويض المسمى تعويض الإستحقاق الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد. ويتضمن على وجه الخصوص التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، القيمة التجارية المحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة مع ماقد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة إلا إذا اثبت المالك أن الضرر هو دون ذلك".

ولا أهمية للوسيلة التي تستخدم في وضع الرسم على السلعة؛ فقد تكون آلية كالطباعة، أو يدوية كما هي الحال في التطريز، أو كيماوية كما في المنتوجات. أما النموذج، فهو كل شكل يسبغ على السلعة مظهراً يميزها عن السلع المماثلة. كنماذج الأزياء وهياكل السيارات.

العلامات التجارية "La Marque" أو الصناعية: وهي التي يتخذها التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضاعته تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة. وذلك حتى يتسنى للمستهلك أن يعرف حقيقة السلعة دون لبس أو غموض.

حقوق الملكية الأدبية والفنية: وهي حقوق المؤلفيين على إنتاجهم الأدبي وحقوق الفنانين على إنتاجهم الفني، وتعتبر حقوق الملكية الأدبية والفنية إذا وجدت في المحل التجاري عنصراً فيه بل قد تعتبر من أهم العناصر، كما لو كان المحل التجاري داراً للنشر أو داراً لتوزيع الأشرطة الفنية.

إذ التاجر أو مستغل المحل يقوم بشراء حقوق المؤلفين أو الفنانين على إنتاجهم الأدبي أو الفني، ولكن قد لا يكون هذا العنصر لازماً في بعض الحالات إذ يتوقف الأمر على نوع الإستغلال الذي يقوم به التاجر.

الرخص والإجازات: يقصد بها تلك الرخص التي تمنحها الإدارة للأتجار في سلعة معينة كالخمور، أو لفتح محلات من نوع معين كالمقاهي والملاهي والفنادق إلخ... وقد تردد الفقه في اعتبار الرخص والإجازات عناصر في المحل التجاري(1).

---

(1)- على حسن يونس المرجع السابق ص 26. وأنظر أيضاً سميحة القليوبي المرجع السابق ص 60.

فذهب رأي إلى اعتبارها من قبيل الحقوق الشخصية شأنها شأن الحقوق والديون والعقود والصفقات فهي ترتبط بشخص المرخص له، وبالتالي لا تعتبر العناصر المعنوية عناصر في المحل التجاري ولا تنتقل بانتقاله، إلا أن هناك بعض استثناءات ترد على هذه القاعدة يمليها ارتباط بعض هذه الحقوق الشخصية باستغلال المحل التجاري كما هي الحال بالنسبة لرخص الإنشاء والتحويل، والتوسيع في التجارة ورخص بيع المشروبات الكحولية، وكذا بطاقات النقل العمومي ورخص التصدير والإستيراد... إلخ.

لكن الرأي الراجح يرى أن القاعدة العامة هي أن الإجازات تعتبر عناصر في المحل التجاري وتنتقل بانتقاله، واستثناءاً يجوز استبعادها كان يتفق الطرفان على ذلك، أو أن تكون للرخصة أو للتصريح صبغة شخصية.

هل تعد الحقوق والديون من عناصر المحل؟

إن الحقوق التي تكون للتاجر في مواجهة الغير والإلتزامات التي يتحملها مقابل الإستغلال التجاري لا تدخل ضمن عناصر المحل التجاري لأنها ليست من لوازم الإستغلال التجاري بل هي مجرد نتيجة سلبية أو إيجابية للإستغلال؛ ومن ثم فهي لا تنتقل إلى المشترى إلا إذا وجد اتفاق يقضي بذلك أو وجد نص قانوني. ومثالها الحقوق والإلتزامات الناشئة عن عقود العمل.

والتي يبرمها صاحب المحل مع عماله، إذ يشترط قانون العمل أن تبقى عقود العمل قائمة في حالة التنازل عن المنشأة إلى شخص آخر. والإلتزامات والحقوق الضرائبية، إذ يوجب القانون التزام الخلف مع السلف وتضامنهم. كما يكون مستحقاً على المنشأة من ضرائب حتى تاريخ التنازل(1).

(1)- أحمد محرز المرجع السابق ص 194.

فالمحل التجاري هو مال مستقل ومنفصل عن العناصر التي يتكون منها، إذ لكل عنصر كيان خاص به، وإذا اجتمعت وتآلفت كل هذه العناصر نتج عنها وحدة مالية تتمتع هي الأخرى بكيان مستقل ويكون الغرض منها الإستغلال التجاري، بحيث لو طرأ أي تغيير على أحد أو بعض العناصر فإن ذلك لا يؤثر على المحل التجاري، ويبقى مالاً متميزاً عن عناصره ويتمتع بالخصائص التالية:

-1- إنه مال منقول: إن الرأي مستقر فقهاً وقضاءًا على اعتبار المحل التجاري مالاً منقولاً لأنه يتكون من أموال مادية ومنقولة ومعنوية كالبضائع والمهمات، وحق الإتصال بالعملاء وحقوق الملكية الصناعية إلخ...

إذن فالمحل لا يتمتع بصفتي الإستقرار والثبات التي يتمتع بها العقار، وإنما يخضع المحل للنظام القانوني الخاص بالأموال المنقولة. ومن ثم فإذا أوصى شخص لأخر بمحل تجاري، فإنه يدخل ضمن الأموال المنقولة الموصى بها. وإذا كان المشرع قد أخضع المحل التجاري لبعض الأحكام الخاصة بالعقارات كما هي الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بامتياز البائع ورهن المحل، فإن ذلك لا يؤثر على اعتبار المحل التجاري مالاً منقولاً(1).

- 2- مال معنوي: يعتبر المحل التجاري مالاً منقولاً معنوياً وليس مادياً، وهذا رغم أنه يتكون من بعض العناصر المادية كالبضائع والمعدات، إلا أنه يتكون أيضاً من عناصر معنوية أكثر فعالية في تكوينه. فالمحل التجاري كوحدة مستقلة عن العناصر المكونة له تمثل مالاً معنوياً لا تسري عليه القواعد الخاصة بالمال المادي، كقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن هذه القاعدة خاصة بالأموال المادية دون الأموال المعنوية. فإذا وقع بيع المحل التجاري لشخصين على

---

(1)- علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 55. وأنظر أيضاً أحمد فاضل المرجع السابق ص130

التعاقب، وتسلم المشتري الأخير المحل فإن حيازة المحل لا تصلح في الإحتجاج بنقل ملكيته، وإنما تكون الأفضلية للمشتري الأسبق في التاريخ حتى لو انتقلت الحيازة لغيره(1).

ويجب الإشارة إلى أن بيع المحل التجاري يختلف عن بيع أحد عناصره، إذ أن هذه الأخيرة تحتفظ بكيانها داخل المحل. والتصرف فيها يخضع للأحكام الخاصة بها. رغم ذلك ففي حالة بيع المحل كما في المثل السابق فلا يجوز للمشتري الأخير الذي أنتقلت إليه حيازة المحل أن يتمسك بالبضائع والمعدات على أساس أنها منقولات مادية تطبيقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ذلك لأن الإسترداد ينصب على المحل. كوحدة كاملة ولا ينصب على العناصر المادية وحدها.

وبما أن المحل التجاري منقول معنوي، فلا يتقرر لمؤجر العقار الذي يشغله هذا المحل، الإمتياز الذي يتمتع به المؤجر على المنقولات الموجودة في العقار المؤجر، لأن هذا الإمتياز ينصب على المنقولات المادية دون المعنوية.

- 3- المحل ذو طابع تجاري: المحل التجاري ذو طابع تجاري لأن التاجر يقوم فيه باستغلال نشاط تجاري. ولكن إذا قام بنشاط مدني، فإن المحل لا يعتبر محلاً تجارياً حتى لو كان له عملاء وبه معدات كمكتب المحامين والمحاسبين والأطباء. ولكن إذا تمثل نشاط المحل في العمليات التي تقوم بها المحلات التجارية، فإنه يعتبر محلاً تجارياً لأن النشاط الذي يقوم به يعد تجارياً بحسب الشكل في نظر القانون الجزائري، وهذا ما جاء في المادة 3 الفقرة 4 من القانون التجاري: "يعد عملاً تجارياً بحسب شكله العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية»(2).

---

(1)- علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص :53 وأنظر أيضاً أحمد محرز المرجع السابق ص :183

(2)- سميحة القليوبي المرجع السابق ص 365.

المبحث 2- طبيعة المحل التجاري

أثير جدال فقهي حول طبيعة المحل التجاري. وبما أن هذا الأخير يتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية، فقد أثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه العناصر تكون وحدة كاملة، وتعتبر في مجملها مالاً مستقلاً عن العناصر الداخلة في تكوينه أو تبقى العناصر المكونة للمحل مستقلة ومتميزة عن بعضها البعض. لكن الرأي في الفقه والقضاء استقر على أن المحل التجاري هو وحدة واحدة مستقلة عن العناصر المكونة له، كما يعتبر من قبيل المنقولات المعنوية. ومع ذلك فقد أثير الإختلاف بين الفقه حول التكييف القانوني للمحل التجاري. وبرزت في هذا الشأن عدة نظريات نعرضها فيما يلي:

المطلب 1- نظرية الذمة المستقلة أو المجموع القانوني:

ترى هذه النظرية أن المحل التجاري يشكل وحدة قائمة بذاتها ومنفصلة عن العناصر المكونة للمحل، وبالتالي يتمتع المحل بذمة مستقلة عن ذمة التاجر بحيث يتمتع بحقوق ويتحمل بإلتزامات مستقلة عن تلك التي للتاجر. وقد نادى بهذه النظرية الفقهاء الآلمان، واعتبروا المحل عبارة عن مجموع قانوني، ومن ثم فهو ذمة مالية مستقلة، غير أنهم اختلفوا حول تكييف هذه الذمة، فمنهم من ذهب إلى أن الإعتراف للمحل بذمة مالية مستقلة يستوجب القول بأن المحل التجاري شخص معنوي، لأن الذمة تستوجب وجود شخص تكون له هذه الذمة بينما ذهب آخرون إلى أن المحل التجاري لا يعتبر شخصا معنويا متميزا عن الشخص المستغل أو المالك إذ لا يجوز أن يكون الشخص المعنوي مملوكاً لهذا المستغل، وإنما تكون للمحل التجاري ذمة مالية مستقلة ومتميزة ومخصصة للاستغلال التجاري. وبما أن الذمة المالية تلتصق بالشخص حتماً. فإن مستغل المحل أو التاجر تكون له ذمة مالية، مدنية وسائر الأفراد (1)، وذمة مخصصة للإستغلال التجاري هي مجموع الحقوق والديون التي تنتج من نشاط المحل.

---

(1)- على حسن يونس المرجع السابق ص 48.
وأنظر أيضاً عباس حلمي المرجع السابق ص 691.
وأنظر أيضاً أحمد فاضل المرجع السابق ص 113.
وأنظر أيضا المرجع Ripert السابق ص 339.

النقد الموجه للنظرية: وجهت لهذه النظرية انتقادات منها أنه لا يجوز اعتبار المحل التجاري شخصاً معنوياً نظراً لفقدان مقومات الشخصية المعنوية. ذلك لأن الإعتراف بالشخصية المعنوية وسيلة يقصد منها تسيير قيام الروابط القانونية بين مجموع معين وبين الغير ولا تظهر حكمة ذلك بالنسبة للمحل التجاري إذ لا فائدة من إسناد هذه الروابط إلى المحل التجاري دون الشخص القانوني، وفضلاً عن ذلك فإن القانون التجاري الجزائري لا يعتبر المحل التجاري شخصاً معنوياً(1).

أما بالنسبة للقائلين باعتبار المحل التجاري ذمة مالية مستقلة عن ذمة مستغل المحل أي التاجر، فإنه لا يتسنى تطبيقها لأن كلاً من المشرع الجزائري والفرنسي والمصري أخذ بوحدة الذمة المالية، أي أن الشخص لا تكون له إلا ذمة واحدة وهذا استناداً إلى المادة 188 (2) من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

المطلب 2- نظرية المجموع الواقعي:

ذهبت هذه النظرية إلى اعتبار المحل التجاري عبارة عن مجموع واقعي من الأموال نشأ من اجتماع وتآلف بعض العناصر بقصد الإستغلال التجاري دون أن تترتب على ذلك، ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه؛ ومن ثم فإذا وقع التنازل عن المحل التجاري (فإنه لا يرتب نقل الحقوق والإلتزامات المتعلقة بالمحل إلى المتنازل إليه) إلا إذا وجد اتفاق يقضي بذلك صراحة. ويرى أنصار هذه النظرية، أنه ينتج من اجتماع العناصر المختلفة التي يتألف منها المحل التجاري، مال معين ذو طبيعة خاصة. منفصل ومستقل عن العناصر التي يتكون منها. وهذا

(1)- على حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 50.

(2)- يقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة 234 وفي القانون المدني الفرنسي المادة 2092.

المـال يعـد من ضـمن المنقـولات المـعنويـة. وتخـتلف النظرة إلى هذه العناصـر المجتمعة التي تكون هذا المال عن النظرة إلى كل عنصر على حدة. ويطلق على هذا المجـموع الواقعي؛ ومن ثم فـهو يخضع لأحكام خاصة تختلف على الأحكام التي يخضع لها كل عنصر من عناصره. فـمثلاً بيع أو رهن المحل التجاري يشترط تطبيق قواعـد خاصـة لا علاقـة لها ببيع أو رهن أحد عناصره مثل بيع أو رهن براءة الإختراع.

نقد النظرية: أخذ على هذه النظرية أن الإصطلاح الذي أطلقـته علـى المـحل التجاري بالمجموع الواقعي ليس له مدلول قانوني. فـالمجموع من الأموال إن وجد يكون له وجود قانوني فحسب، كما يعترف له القانون بالشخصية المعنوية التي تتمتع بذمه مالية وأهلية(1) في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها له القانون. والمحل التجاري ليس من هذا القبيل. وقد كان القضاء الفرنسي قد رفض اعتبار المحل التجاري شخصاً معنوياً، إذ قضت محكمة باريس في حكم لها صادر في 29 ديسمبر 1934 بأنه: " ليس هناك ما يسمح للمحـاكم بابتـداع حقـوق جـديدة ترتبهـا على إضـفاء نوع من الشـخصـية المعنوية على المحل التجاري"(2).

---

(1)- علي حسن يونس المرجع السابق ص 54. وأنظر أيضاً أحمد محرز المرجع السابق ص 181.

(2) Rien n'autourise les cours à creer arbitrairement un droit nouveau en attribuant, une sorte de personnalité morale au fonds de commerce" Paris 29 Decembre. GAZ. pal' 1935. 1. 321.

المطلب 3 - نظرية الملكية المعنوية:

تميل غالبية الفقه المعاصر إلى التمييز بين المحل التجاري باعتباره وحدة مستقلة، وبين العناصر المختلفة والمكونة له؛ ومن ثم فإن للتاجر حقاً ينصب على الملكية المعنوية للمحل يتمثل في الإتصال بالعملاء واحتكار الإستغلال. وهذه الملكية المعنوية شبيهة بملكية براءات الإختراع أو الملكية الأدبية أو الفنية، وتتم حمايتها بدعوى المنافسة غير المشروعة مثل ما تتم حماية براءات الإختراع من التقليد. وبهذا التفسير رجع الفقه هذه النظرية نظراً لإعطائها تحليلاً منطقياً وقانونياً في تحديد طبيعة المحل التجاري(1).

---

(1)- Ripert المرجع السابق ص 339.
وأنظر أيضاً عباس حلمي المرجع السابق ص 69.
وأنظر أيضاً علي حسن يونس المرجع السابق ص 49.

المبحث 3-

حماية المحل التجاري من المنافسة غير المشروعة

إن حرية ممارسة مهنة التجارة بقصد تحقيق الربح بواسطة اجتذاب أكبر عدد من العملاء، وقيام التاجر باستعمال طرق ووسائل لتشجيع العملاء على التردد على محله، قد يؤدي إلى إحداث منافسة بين التجار الذين يمارسون نشاطاً مماثلاً. وطالما كانت الوسائل أو الطرق التي يستعملها التاجر مشروعة فالأشكال لا يطرح، لكن الأمر يدق عند استعمال وسائل غير مشروعة ومنافية للعرف التجاري. فيصاب الغير بالضرر. فإذا كان الأمر على هذه الحال، فإن التاجر الذي لحقه ضرر. من جراء المنافسة غير المشروعة يحق له الرجوع على المتسبب فيه بالتعويض وهذا عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.وأهمية هذه الدعوى تظهر جلياً في الدول التي تأخذ بنظام الإقتصاد الحر ومبدأ حرية التجارة. إذ تصل المنافسة بين التجار إلى أقصى درجاتها بقصد الحصول على أكبر قدر من الربح، أما في البلاد التي تأخذ بنظام الإقتصاد الموجه حيث تتدخل الدولة في مجال التجارة والصناعة وتقوم بتوجيه الإنتاج، فإنه توجد قيود معينة يلتزم التجار والمنتجون بمراعاتها والإمتثال لها. مما يقلل من حدة المنافسة، كما قد تحتكر الدولة القيام بهذه المشروعات الإنتاجية مما يستبعد المنافسة تماماً في هذا المجال. وعلى كل حال، فطالما وجدت المنافسة، فإنها تعتبر في الأصل أمراً مشروعاً ومرغوباً فيه، إذ يرجع الفضل إليها في ازدهار المشاريع، فهي بمثابة قدرة خلاقة تدفع الشخص إلى الإبتكار وتحفزه على الإتقان والإبداع إذا تمت بطرق مشروعة. أما إذا تمت المنافسة بوسائل غير مشروعة، نجم عنها ضرر يستوجب التعويض: ويجب أن نميز بين المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة فمعنى هذه الأخيرة حظر القيام بنشاط معين أما بمقتضى نص قانوني كاشتغال الشخص بأعمال الصيدلة دون الحصول على مؤهلات علمية أو بمقتضى اتفاق بين

المتعاقدين. مثل التزام مؤجر العقار بعدم منافسة المستأجر أو التزام بائع المحل التجاري بعدم إنشاء تجارة مماثلة. أما المنافسة غير المشروعة فلا ينصب المنع فيها على ممارسة النشاط التجاري، ولكنها تدل على استخدام أساليب غير سليمة بقصد التأثير على العملاء واجتذابهم، كتخفيض ثمن السلع بشكل كبير. ولقد شبه بعض الفقهاء المنافسة غير المشروعة بالإساءة في استعمال الحق في ممارسة النشاط الذي يكون القيام به جائزاً(1).

المطلب 1- أساس المنافسة غير المشروعة.

لم يضع المشرع قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية الناجمة عن أعمال المنافسة غير المشروعة، لذا رجع القضاء الفرنسي إلى القواعد العامة والمطبقة في نطاق المسؤولية التقصيرية استناداً إلى نص المادة 1382مدني التي تقابل المادة 124 من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بقولها: "كل عمل أياً كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

إذن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة معناه رفع دعوى المسؤولية التقصيرية ويحق لكل تاجر أصيب بضرر ناجم عن فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء تلك الأعمال كلما توافرت شروط المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية(2).

1- الخطأ: لا تتحقق المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ قد ارتكب والخطأ هو انحراف الشخص عن سلوك الرجل العادي. ويتمثل الخطأ في دعوى المنافسة غير

---

(1)- سميحة القليوبي المرجع السابق ص 424.

وأنظر أيضاً على حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص :130

(2)- علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 137.

وأنظر أيضاً سميحة القليوبي المرجع السباق ص 431.

المشروعة في استعمال وسائل غير قانونية أو منافية للعرف التجاري أو العادة التجارية. وعادة تحصل هذه المنافسة بين شخصين يمارسان تجارة واحدة أو متشابهة، مثلاً تعتبر منافسة غير مشروعة من صاحب مصنع لإنتاج الجلود وصناعة الأحذية ضد مصنع لصناعة الجلود وتعود للقاضي السلطة في تقدير الفعل المكون للمنافسة غير المشروعة.

2- **الضرر:** وهو الركن الثاني لقيام المسؤولية استناداً إلى دعوى المنافسة غير المشروعة، فلا يكفي حدوث خطأ من التاجر، بل يجب أن ينجم عن خطئه ضرر للغير. ويقع على المضرور عبء إثبات الخطأ والضرر، ويعتبر الضرر واقعة مادية تخضع في إثباتها لكافة وسائل الإثبات كالبينة والقرائن. والضرر الذي يستوجب التعويض هو الضرر الذي وقع فعلاً أو سيقع حتماً في المستقبل. أما الضرر الإحتمالي وهو غير المحقق الوقوع، أي قد يقع وقد لا يقع، فلا يستوجب التعويض عنه. كذلك لاأهمية لما إذا كان الضرر مادياً أو أدبياً، صغيراً أو كبيراً. وإن كان هناك بعض الأحكام القضائية قد قضت بالمنافسة غير المشروعة ورغم عدم وجود ضرر، كما لو تمثل العمل الذي يقوم به التاجر المنافس في إحداث الخلط بين محله التجاري ومحل آخر مملوك لمنافسه. ففي هذه الحالة لا يشترط حدوث الضرر، بل يجب إزالة العمل الذي تسبب في إحداث الخلط دون أن يتوقف ذلك على إثبات أن ضرراً قد حدث. لهذا ذهب بعض الفقه إلى أنه يكفي أن يكون الضرر محتمل الوقوع. لكن جانباً آخر من الفقه يرى أنه لا محل للخلط بين دعوى المنافسة غير المشروعة ودعوى المسؤولية المدنية، لأن هذه الأخيرة تهدف إلى تعويض الضرر، بينما دعوى المنافسة غير المشروعة لا تقتصر على تعويض الضرر فحسب بل تهدف إلى حماية المحل من أعمال المنافسة غير المشروعة،

التي تقع في المستقبل. كما يجوز رفع دعوى المنافسة غير المشروعة ولو لم يحدث هناك ضرر للتاجر كأن يخشى مثلاً من وقوع الضرر في المستقبل.

وهكذا تكون لدعوى المنافسة غير المشروعة وظيفة وقائية إلى جانب جبر الضرر ولكن ليس للمدعي طلب التعويضات إلا إذا أثبت أن ضرراً قد أصابه فيكون الضرر شرطاً لطلب التعويض. ولكنه لا يشترط في كل الحالات التي تقوم عليها دعوى المنافسة غير المشروعة(1).

علاقة السببية: وهي الركن الثالث لقيام المسؤولية و معناها أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر أي يجب أن تقوم علاقة سببية بين أفعال المنافسة غير المشروعة والضرر الذي أصاب المدعي. غير أن هناك حالات لا يترتب فيها من جراء المنافسة غير المشروعة ضرر للمدعي بحيث يكون المقصود من دعوى المنافسة الحكم بإزالة الوضع غير المشروع بالنسبة إلى المستقبل وفي هذه الحالة تتميز دعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى المسؤولية المدنية التي يكون غرضها التعويض، إذ لا يكون هناك محل للكلام عن رابطة السببية في دعوى المنافسة غير المشروعة إلا في الحالات التي نشأ فيها للمدعي ضرر من الأعمال غير المشروعة(2).

المطلب 2: صور المنافسة غير المشروعة:

إن أعمال المنافسة غير المشروعة مختلفة ومتعددة ولا يمكن حصرها، غير أننا نعرض لبعض صور منها:

---

(1)- على حسن يونس المرجع السابق ص 147.

(2)- علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 148. وأنظر أيضاً سميحة القليوبي المرجع السابق ص 432 و433

1- أعمال التشويه أو الإساءة إلى سمعة التاجر: أي الإعتداء على سمعة التاجر كإذاعة معلومات غير صحيحة أو إشاعات كاذبة مثل تشويه الحقائق بالحط من جودة البضاعة حتى ينصرف العملاء من المحل التجاري، أو نشر بيانات كاذبة عن المواد التي تتكون منها البضاعة أو محاولة تقليدها حتى يصعب على المرء تمييزها عن إنتاج المنافس أو إشاعة معلومات كاذبة كإفلاس التاجر أو عزمه على تصفية، محله... إلخ. كذلك تعد من ضمن أعمال المنافسة غير المشروعة الإجراءات القضائية الكيدية مثل دعاوي الإفلاس الكيدية.

2- الإعتداء على الإسم التجاري أو التسمية المبتكرة: وتتمثل في اتخاذ المحل المنافس إسماً تجارياً مشابهاً لإسم محل آخر أو في اعتدائه على التسمية المبتكرة(1).

3- تحريض العمال: قد تتخذ المنافسة غير المشروعة صورة تحريض العمال الذين يعتمد عليهم المشروع المنافس، وذلك عن طريق تحريضهم على ترك المحل أو بث الإضطراب والفوضى في المحل المنافس أو إغرائهم على الإلتحاق بالعمل لدى التاجر المنافس حتى يجذب أكبر عدد ممكن من العملاء أو للوقوف على أسرار المهنة.

4- تخفيض أسعار السلع: تثار الصعوبة إذ تمثلت أعمال المنافسة في تخفيض أسعار السلع لجذب عملاء الغير، فالأصل هو أن بيع السلع بثمن أقل من الثمن الذي تبيع به المشروعات المنافسة يعتبر عملاً مشروعاً طالما كان الفرق في السعر يمكن اعتباره في حدود المنافسة المشروعة والمثال على ذلك: البيع عن طريق التصفية بأسعار تقل عن التكلفة في المواسم والأعياد أو في نهاية السنة المالية

(1)- عباس حلمي المرجع السابق ص 72.
وأنظر أيضاً أحمد محرز المرجع السابق ص 204.

للمحل. أما إذا استمرت أسعار التصفية طول السنة مع تدعيمها بحملات إعلانية موضحاً بها الأسعار التي يبيع بها وأسعار منافسه، يتضح جلياً أن المقصود بذلك تحطيم تجارة الغير بطرق غير مشروعة.

ويعتبر أيضاً من أعمال المنافسة غير المشروعة البيع بأقل من السعر المتفق عليه كحد أدنى بين التجار عموماً، كإتفاق التجار على سعر معين كحد أدنى لبضاعة معينة (1). فإذا وقعت مخالفة من طرف أي تاجر، ظهرت نيته السيئة في حرمان بقية التجار من العملاء بطريقة، غير مشروعة.

المطلب 3- أثار دعوى المنافسة غير المشروعة:

إذا توافرت شروط دعوى المنافسة غير المشروعة واتضح للمحكمة وقوع الأعمال غير المشروعة، قضت بالتعويض لمن أصيب بالضرر. وطبقاً للقواعد العامة يقوم القاضي بتعيين طريقة التعويض تبعاً لظروف القضية. ويكون التعويض عادة بالنقد، غير أنه يمكن أن يتمثل التعويض في إزالة الوضع القائم، كأن يطلق التاجر على محله إسماً تجارياً خاصاً بمحل آخر؛ فيعتبر ذلك عملاً غير مشروع وتلتزم المحكمة بإزالة الإسم الذي ترتب عن استعماله ضرر للمدعي التاجر. وفي هذا المجال تكون للمحكمة سلطة كبيرة في التقدير؛ إذ يمكن أن تقوم بتعديل الإسم عن طريق إضافة اسم آخر يميزه عن المحل المنافس حتى تزيل اللبس من الإسمين أو تزيل الإسم تماماً. أما إذا استمرت أعمال المنافسة غير المشروعة بعد الحكم بالتعويض، ففي هذه الحالة يعتبر ذلك خطأ جديداً ينشأ عنه ضرر مستقل يجوز التعويض عنه بدعوى مستقلة(2).

---

(1)- سميحة القليوبي المرجع السابق ص 431.
وأنظر أيضاً عباس حلمي المرجع السابق ص 73.
وأنظر أيضاً علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق ص 141.
(2)- علي حسن يونس المرجع السابق ص 148 و149.
وأنظر أيضاً سميحة القليوبي المرجع السابق ص 426 و427.

الفصل الثالث

بيع المحل التجاري



من أهم التصرفات القانونية التي ترد على المحل التجاري هي بيعه وسنتعرض لبيع المحل التجاري في هذا الفصل.

لقد نظم المشرع الجزائري كنظيره المصري أحكام عقد بيع المحل التجاري في المادة 79 من القانون التجاري وما يليها، كما نظم أحكام رهن المحل في المادة 118، وما يليها من نفس القانون وتعتبر الأحكام التي وردت في هذا القانون استثناءاً من القواعد العامة.

عقد بيع المحل التجاري:

تطبق على عقد البيع القواعد القانونية العامة، وقد عرفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري، البيع بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

إذن يشترط لانعقاد بيع المحل التجاري توافر الأركان العامة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب.

1) الرضا:

يوجد الرضا متى تم اتفاق إرادتين على البيع والمبيع والثمن. فإذا لم تتفق الإرادتان على واحد من هذه الأشياء، فلا يعقد البيع كما لو عرض البائع ثمناً معيناً ولكن المشتري قبل الشراء بأقل منه، أو كأن يقصد البائع بيع المحل بينما يقبل المشتري شراء البضائع. (1).

---

(1) علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق - ص 157، وانظر أيضا أحمد محرز المرجع السابق - ص 206

وإذا كان الرضا شرطاً في انعقاد البيع، فإنه شرط أيضاً في حالة الوعد بالبيع إذ غالباً ما يسبق بيع المحل الوعد ببيعه، والوعد بالبيع هو اتفاق بين الواعد والموعود له، يلتزم الواعد بمقتضاه بإبرام البيع إذا أعلن الموعود له عن رغبته في ذلك في مدة زمنية معينة.

والوعد بالبيع لا يعتبر مجرد إيجاب، كما أنه لا يصل إلى درجة البيع النهائي، ولكنه مرحلة متوسطة من شأنها التمهيد لوقوع البيع(1)، والوعد بالبيع يختلف عن عقد البيع ذاته الذي لا ينعقد إلا إذا رغب الموعود له إبرام البيع، فلا يعتبر الوعد بالبيع بيعاً معلقاً على شرط، وبالتالي لا ينشأ البيع بأثر رجعي، فيعود إلى وقت حصول الوعد، ولا يعتد بوجود البيع إلا من الوقت الذي يعلن فيه الموعود له رغبته في الشراء.

والوعد بالبيع أو الشراء إما أن يكون وعداً بالبيع من جانب البائع وحده وأما أن يكون وعداً بالشراء من جانب المشتري وحده، وأما أن يكون من الجانبين في صورة وعد بالبيع من جانب البائع ووعد بالشراء من جانب المشتري في آن واحد.

والأصل أن الوعد بالبيع لا يعتبر بيعاً باتاً لأن الواعد والموعود له لم تنصرف إرادتهما إلى إبرام البيع بل قصداً أن يحصل ذلك في المستقبل متى أعلن الموعود له رغبته في التمسك بالعرض الذي حصل من الواعد(2)، ويعتبر الوعد بالبيع أو الشراء عقداً، وهو يمهد لوقوع البيع النهائي، ولذلك يأخذ عقد الوعد بالبيع أو الشراء صفة العقد النهائي الذي يمهد له فيكون الوعد ببيع أو شراء المحل التجاري عملاً تجارياً شأنه في ذلك شأن بيع المحل التجاري، وبما أن الوعد بالبيع أو الشراء يمهد لوقوع، البيع النهائي، فيجب أن يتضمن عقد الوعد البيانات التي يجب أن يشمل عليها عقد البيع ذاته، وبصفة خاصة البيان المتعلق

---

(1) Alfred jauffert. manuel de droit comercial treiziemme editions paris librairie général de droit et de jurispudence. p. 81.

(2) علي حسن يونس- المحل التجاري المرجع السابق- ص 160.

بالمبيع والثمن مادام البيع النهائي لا يتطلب سوى أن يعلن الموعود له رغبته في وقوع البيع، ولقد نصت المادة 71 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "الإتفاق الذي يعد به كلا المتعاقدين أو إحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له آثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها..." ويشترط في الوعد ببيع المحل التجاري أو في بيعه نهائياً أن يكون رضا الطرفين موجوداً وخالياً من العيب كالغلط أو الإكراه والتدليس أو الإستغلال(1)، ويرى الأستاذ RIPERT (2)، أن القضاء في فرنسا يميل إلى التوسع في إبطال عقد البيع المحل التجاري بسبب عيوب الرضا، لأن المحل التجاري من المنقولات المعنوية التي يسهل تدليس المشتري فيها أو وقوفه في الغلط إذا تعلق الأمر بأهمية عناصر المحل.

2) محل البيع:

يقصد بمحل البيع الشيء المبيع وهو المحل التجاري، ويخضع الشيء المبيع للقواعد العامة، فيجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ويشترط فضلاً عن ذلك أن يكون المبيع مما ينطبق عليه وصف المحل التجاري أي وجوب توافر عناصره الضرورية، ويحدد الأطراف عادة في عقد الأشياء التي ينصب عليها البيع(3) ويشترط لكي يعتبر البيع وارداً على المحل التجاري أن يشمل قدراً من العناصر اللازمة لتكوين المحل كالإتصال بالعملاء الذي يعتبر عنصراً أساسياً في المحل التجاري، وقد قام المشرع بتبيان العناصر التي ينصب عليها امتياز البائع في حالة عدم بيان ذلك في القيد إذ نصت المادة 96 ف 2 من القانون التجاري على ما يلي:- " لا يثبت امتياز بائع المحل التجاري إلا إذا كان

(1) علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق- ص 161. وأنظر أيضاً سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 367.

(2) المرجع السابق ص 373. RIPERT

(3) سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 368 و369. وأنظر أيضاً أحمد محرز المرجع السابق- ص 210.

البيع ثابتاً بعقد رسمي ومقيداً في سجل عمومي منظم لدى كتابة المحكمة التي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصها، لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد، فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الإمتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية".

وهذا التحديد قاصر على العناصر التي ينصب عليها امتياز البائع، ولكنه لا يمنع القاضي من الكشف عن العناصر الأخرى التي يكون الطرفان قد قصدا اشتمال البيع عليها كالسلع أو المعدات أو غيرها، وفضلاً عن ذلك أضاف المشرع الجزائري ضرورة توافر بيانات أخرى في عقد البيع(1).

هذا ولا يشترط أن ينصب البيع على المحل التجاري بكامله، إذ لا مانع من أن يتعلق البيع بنصيب شائع فيه، ويعتبر ذلك من قبيل بيع المحل التجاري، وتسري عليه أحكامه لأنه يحتوي على العناصر الجوهرية اللازمة لتكوين المحل التجاري.(2)

3) السبب أو الغرض

ويجب أن يكون الغرض من استغلال المحل التجاري مشروعاً وإلا كان باطلاً إذ متى كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً وهذا ما جاء في المادة 96 من القانون المدني الجزائري: «إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.»

4) إثبات بيع المحل التجاري:

إن الحياة التجارية تقوم على دعامتي الإئتمان والسرعة وعلى مبدأ الرضائية وتتجنب فكرة الشكلية التي تؤدي إلى عرقلة التصرفات القانونية، ولذا فالحياة

---

(1) هذه البيانات نصت عليها المادة 79 من القانون التجاري، كاسم البائع وتاريخ سنده وقيمة الشراء والإمتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري إلخ...

(2) علي حسن يونس المرجع السابق- ص 166.

التجارية تتطلب التسيير والسرعة، لذا فإن بيع المحل التجاري كما سبق ذكره يعد بيعاً للأموال المنقولة المعنوية ويتمتع بقيمة مالية هامة، مما جعل المشرع الجزائري يتناوله بنص خاص في الإثبات، فبعد أن قرر حرية الإثبات في المجال التجاري طبقاً للمادة 30(1) من القانون التجاري، وضع استثناءاً على هذا المبدأ وقرر إثبات بيع المحل التجاري بالكتابة وهذا طبقاً للمادة 79 من نفس القانون إذ نصت على ما يلي: « كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا ان باطلاً. »

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يتطلب في إثبات بيع المحل التجاري ضرورة تقديم الدليل الكتابي الرسمي، وهذا راجع إلى أهمية موضوع التصرف القانوني، وهو بيع المحل التجاري، فإذا لم يتمكن التاجر من تقديم الدليل الكتابي الرسمي أمام القضاء كان تصرفه باطلاً، ويتعذر عليه تقديم أي دليل آخر، مما يوحي بمفهوم المخالفة لهذا النص، إن عقد بيع المحل التجاري يعد من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي، كما هي الحال في التصرفات القانونية الأخرى، فالشكلية الرسمية التي فرضت كوسيلة لإثباته تعد في نفس الوقت ضرورية ولكن المشرع اعتبر الشكلية بمثابة ركن من أركان عقد البيع، ومما يدعم قولنا أن المشرع الجزائري لم يكتف بالكتابة فحسب لبيع المحل التجاري، وإنما اشترط شكلية أخرى تتمثل في قيد هذا التصرف أي البيع خلال 15 يوماً من إبرام العقد، وهذا ما تنص عليه المادة 83 من القانون التجاري. ويفرض على المشتري ضرورة القيام بنشر ملخص العقد أو إعلانه في

---

(1) المادة 30 من القانون التجاري تنص على ما يلي «يثبت ل عقد تجاري
1- بسندات رسمية- 2- سندات عرفية 3- بفاتورة مقبولة 4- بالرسائل 5- بدفاتر الطرفين
6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها».

النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفضلاً عن ذلك عليه أن يقوم بإعلانه في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل، أما فيما يتعلق بالمحلات التجارية المتنقلة فإن مكان الإستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلاً فيه بالسجل التجاري، ويجب أن يسبق هذا الملخص أو الإعلان تسجيل العقد الناقل للملكية أو المتنازل عنه أو التصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل، وذلك في حالة عدم وجود عقد وإلا كان باطلاً كما يجب أن يذكر تاريخ العقد واسم كل من المالك والمالك السابق ولقبه وعنوانه ونوع المحل التجاري ومركزه والثمن المشروط بما فيه التكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل وبيان المهلة المحددة فيما بعد للمعارضات واختيار الموطن في دائرة اختصاص المحكمة كما يجوز تحديد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر، ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الخمسة عشر يوماً من أول نشر.

ونشير إلى أن القانون المصري هو الآخر أخضع إثبات المحل التجاري لتحرير عقد رسمي أو عقد عرفي مقترن بالتصديق على توقيعات وإختام المتعاقدين فيه، المادة الأولى من القانون رقم 11- 1940، كما نظم شهره في المادة 2 من نفس القانون: «يشهر عقد البيع بقيده في سجل خاص معد لهذا الغرض في مكتب السجل التجاري بالمحافظة التي يقع في دائرتها المحل التجاري»، ويرى الفقه المصري، أن الشكلية التي قررها المشرع المصري لازمة لإثبات العقد فحسب، وليست ركناً في عقد بيع المحل(1)، بل هنالك من يرى أنها ليست لازمة لإثبات العقد، وإنما هي ضرورية لإنشاء امتياز البائع وتقرير حقه في الفسخ، ومن ثم فبيع المحل التجاري يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن في كل الحالات التي يعتبر فيها المحل التجاري عملاً تجارياً(2).

---

(1) حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق- ص 168.
(2) سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 370.

المبحث الأول:
إلتزامات البائع

تتمثل إلتزامات البائع في تسليم المحل وضمان العيوب الخفية وضمان الإستحقاق وضمان الأفعال الشخصية.

المطلب الأول: التسليم

يلتزم البائع في مواجهة المشتري بتسليم المبيع إلى هذا الأخير، ويعد التسليم من أهم التزامات البائع حتى يمكن المشتري من حيازة المحل والإنتفاع به (1)، كما يلتزم بالمحافظة عليه إلى حين تسليمه إلى المشتري، وهذا ما تقضي به المادة 364 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي «يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع...«ويشمل التسليم الشيء المبيع وملحقاته، ويجب أن يتم في الزمان والمكان المتفق عليهما في عقد البيع، فإذا لم يوجد اتفاق أو نص على غير ذلك فيجب أن يتم التسليم بمجرد إتمام العقد، وبما أن المحل التجاري يتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية فيجب أن يتم تسليم هذه العناصر المختلفة بالطريقة التي تلائم طبيعتها، فبالنسبة للبضاعة يتم تسليمها إلي المشتري عن طريق وضعها تحت تصرفه وتمكينه من حيازتها، فإذا كانت هذه البضاعة مودعة في المخازن، فإن تسليمها يكون بتسليم مفاتيح هذه المخازن، وإذا كانت البضاعة لا تزال في الطريق، فإن تسليمها يكون بتسليم سندات شحنها مؤشراً عليها بما يفيد ملكيتها إلى المشتري، أما بالنسبة للحقوق فيتم التسليم فيها عن طريق تسليم سنداتها كما لو تعلق الأمر بحق الإيجار فإن التسليم فيه يكون بتمكين المشتري من الإنتفاع بالعين المؤجرة، فضلاً عن تسليمه السند الذي يثبت حق البائع في الإيجار، أو إذا تعلق الأمر بتسليم براءة

(1) المرجع السابق- ص 85 Jauffret manuel de D.C

الإختراع، فإن له الحق في الإستفادة منها (1)، أما بالنسبة لتسليم عنصر الإتصال بالعملاء فيجب على البائع أن يطلع المشتري على كافة البيانات والمستندات التي تمكنه من التصرف مع العملاء وسهولة الإتصال بهم، أما بالنسبة لتزكية المشتري لدى العملاء فإذا تم الإتفاق على ذلك في العقد، التزم البائع بتزكية المشتري، أما إذا لم يوجد اتفاق أو نص في العقد يقضي بذلك فإن الرأي الراجح يرى أن البائع لا يلتزم بذلك، والإلتزام بالتزكية لا يصل إلى حد تعريف كل عميل بالمشتري شخصياً، وإنما جرت العادة بأن يقوم كل من البائع والمشتري بطبع منشورات توزع على العملاء، مما يفيد انتقال ملكية المحل إلى المشتري الجديد وتزكية البائع له وإظهار مزاياه(2)، وتعتبر الخطابات والمراسلات المتعلقة بالإستغلال التجاري من ملحقات المحل التجاري، ومن ثم يجب على البائع تسليمها إلى المشتري حتى لو كانت تحمل اسمه، وتعتبر الدفاتر التجارية من ملحقات البيع، ويلتزم البائع بتسليمها إلى المشتري ووضعها تحت تصرفه مدة ثلاث سنوات من تاريخ انتفاع هذا الأخير بالمحل التجاري(3).

وكل شرط يتضمنه العقد ويكون مخالفاً لذلك يعد ملغى أو بالأحرى باطلاً، هذا ما جاء في نص المادة 82 من القانون التجاري: «عند التخلي يوقع البائع والمشتري جميع الدفاتر الحسابية التي كان يمسكها البائع والتي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاث السابقة للبيع أو لمدة حيازته للمحل التجاري، إذا كانت هذه الحيازة لم تستمر ثلاث سنوات، وتكون هذه الدفاتر موضوع قائمة جرد توقع من قبل الأطراف وتسلم نسخة لكل واحد منهم وعلى المحيل أن يضع هذه الدفاتر تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بدء انتفاعه بالمحل التجاري، ويعتبر ملغى كل شرط مخالف لما جاء في عقد التنازل».

---

(1) أنظر أيضاً علي حسن يونس المرجع السابق. ص 170.

(2) سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 375.

(3) المرجع السابق ص 85. Jauffret manuel de D.C

وأنظر أيضاً علي حسن يونس، المحل التجاري المرجع السابق- ص 207.

المطلب الثاني: ضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية:

ترتب القواعد العامة على عاتق البائع التزاماً بضمان استحقاق المبيع، أي أنه يلتزم في مواجهة المشتري بعدم التعرض له من جانب الغير أو منه شخصياً، وهذا ما تقضي به المادة 371 من القانون المدني: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد آثبت بعد البيع إذا كان قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه... ».

إذا تعرض الغير للمشتري ورفع عليه دعوى يطالبه فيها باستحقاق المحل التجاري كلياً أو جزئياً، كأن يكون المحل مملوكاً له، أو كان أحد عناصره ملكاً له كبراءة الإختراع مثلاً فإن حكم له القضاء باستحقاق المحل أو أحد عناصره التزم البائع بتعويض المشتري عن هذا الإستحقاق وفضلاً عن ذلك يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في المحل التجاري(1) وهذا ما تقضي به المادة 379 من القانون بقولها: «يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الإنتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بها، غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت اليبع، أو إذا آثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً منه».

إذن فالعيب الذي يضمنه البائع يجب أن يكون خفياً وغير معلوم للمشتري، كما يجب أن يكون موجوداً في المبيع وقت البيع أو وقت التسليم، كذلك يجب أن يكون البيع مؤثراً بحيث ينقص من قيمة المبيع أو من الإنتفاع به.

---

(1) المرجع السابق- ص 390. Ripert

ويعتبر العيب خفياً ومؤثراً في استغلال المحل أو في علاقة المحل بالعملاء، كما لو اكتشف المشتري أن الرخص الممنوحة للمحل قد سحبت قبل عقد البيع أو قيدت بقيود تؤثر في استغلال المحل ونشاطه بصدور حكم بإغلاق المصنع محل البيع ونقله إلى مكان ثان بعيداً عن العمران لانبثاق غازات منه تؤثر على صحة السكان، أو كما لو كانت براءة الإختراع التي هي من ضمن عناصر البيع قد انتهت مدتها. فكل هذه الأمور يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع.

وإذا كانت القواعد العامة ترتب التزامات على عاتق البائع بضمان عدم التعرض وضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع حتى يتمكن المشتري من التصرف في المحل التجاري في آمان واطمئنان وبشكل سليم، فإن أحكام القانون التجاري تؤكد وجود هذه الإلتزامات بدليل نص المادة 80 التي تقضي بقولها «يكون البائع ملزماً بضمان ما ينشأ عن بياناته غير الصحيحة حسب الشروط المقررة في المادتين 276 و379 من القانون المدني بالرغم من كل شرط مخالف في العقد.

المطلب الثالث ـ ضمان الشخصي:

إذا كان من واجب البائع أن يضمن للمشتري عدم التعرض له من جانب الغير، فمن باب أولي يلتزم هو نفسه بعدم القيام، بأي عمل من أعمال التعرض للمشتري مثل إنشاء تجارة مماثلة بقصد منافسة المشتري، وكثيراً ما يتضمن بيع المحل التجاري شرطاً طالما كان يقتصر على حرمان البائع من مزاولة نفس النوع من التجارة خلال مدة معينة أو في منطقة محددة، كما يجب ألا يكون شرط منع التصرف عاماً ومطلقاً وشاملاً لكل أنواع التجارة وفي كل مكان وزمان، لأن هذا يعد مساساً بمبدأ حرية التجارة وحرية العمل(1)، وهما مبدآن يدخلان في نطاق

---

(1) Ripert المرجع السابق - ص 389.

وأنظر أيضاً المرجع السابق- ص 85 و86 Jauffret Manuel de D.C

النظام العام(1)، وعلى كل حال فإن الفصل فيما إذا كان إنشاء تجارة مماثلة يترتب عليه إخلال بالتزام البائع، مسألة موضوعية يرجع الأمر فيها لقاضي الموضوع، فمتى قضى بهذا الإخلال، جاز للمشتري أن يطالب البائع إما بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك أو أن يطالب باغلاق محل البائع المنافس وبفسخ العقد(2)

المطلب الرابع: امتياز البائع:

تقضي القواعد العامة في حالة البيع إذا لم يستوف البائع الثمن كله أو بعضه، بأن يكون له التمتع ببعض الضمانات كالحق في الإمتياز الذي يخوله له الحق في استيفاء ما بقي من ثمن الشيء المبيع بالأولوية على غيره من الدائنين(3)، هذا ما تقضي به المادة 997 فقرة الأولى من التقنين المدني بقولها: « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الإمتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن النية، مع مراعاة الأحام الخاصة بالمسائل التجارية.» كما خول القانون للبائع حق حبس، الشيء المبيع، وهذا ما تقضي به المادة 390 من التقنين المدني بقولها: «إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقضي الثمن المستحق ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلاً بعد انعقاد البيع، يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل

---

(1) أحمد محرز المرجع السباق ص 215.

(2) سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 281.

(3) علي حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق- ص 225 وأنظر أيضاً سميحة القليوبي وأنظر أيضاً المرجع السابق- ص 393 و395 . Ripert .
وأنظر أيضاً أحمد محرز المرجع السابق- ص 216.

طبقاً لمقتضيات المادة 212». ومن بين حقوق البائع أيضاً فسخ العقد هذا ما تنص عليه المادة 119 من التقنين المدني بقولها: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات».

إذن هذه باختصار حقوق أو ضمانات البائع وفقاً للقواعد العامة وسنتعرض للإمتياز الذي يتمتع به البائع في ظل أحكام القانون التجاري، فضلاً عن أن الشيء المبيع هو المحل التجاري، فلقد نظم التقنين التجاري امتيازاً خاصاً بالبائع في استيفاء حقه أو في طلب الفسخ، حتى لو أفلس المشتري، ولكن شريطة أن يقوم البائع بقيد امتيازه في سجل عمومي خاص بذلك لدى كتابة المحكمة التي يقع المحل التجاري بدائرتها، هذا ماقضت به المادة 96 من القانون التجاري بقولها: «لا يثبت امتياز بائع المحل التجاري إلا إذا كان البيع ثابتاً بعقد رسمي ومقيداً في سجل عمومي منظم لدى كتابة المحكمة التي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصها، لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد، فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الإمتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية وتوضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية للمحل التجاري والمعدات والبضاعة ويمارس امتياز البائع الضامن لكل من هذه الإثمان أو ما بقي مستحقاً منها بصفة منفصلة على كل إتفاق مخالف، فإن الدفعات الجزئية غير الدفعات النقدية تطرح أولاً من ثمن البضائع ثم من ثمن المعدات، وإذا كان الثمن المعد للتوزيع حاصلاً من بيع عنصر واحد أو عدة عناصر لم يشملها البيع الأول، فيتعين تقدير ما ينوب كل منها على حدة من ثمن إعادة البيع». تفصح هذه المادة عن الشروط الواجب توافرها لتمتع البائع بحق الإمتياز وتتمثل في:

1) ضرورة إفراغ عقد البيع في شكل رسمي، والحكمة من ذلك تتمثل في الإحتياط للنزاعات التي تنجم عن الإتفاقات الشفوية.

2) يجب أن يقيد البيع في سجل عمومي منظم لدى كتابة المحكمة التي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصها؛ ويحفظ القيد الإمتياز لمدة عشر سنوات من تاريخ القيد ويشطب تلقائياً إذا لم يجدد، وهذا ما جاء في نص المادة 103 من القانون التجاري «ويشطب تلقائياً إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المهلة.»

3) يجب قيد البيع في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبرام العقد وإلا كان باطلاً، وهذا ما تقضي به المادة 97 من التقنين التجاري بقولها «يجب قيد البيع في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ عقده وإلا كان باطلاً، وتبقى المهلة سارية، ولو في حالة صدور الحكم وإعلان الإفلاس.» فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وإن كان المدين نفسه، وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للبائع الأولوية ويمكن الإحتجاج به على التفليس والتصفية القضائية للمشتري.

فإذا توفرت هذه الشروط تحقق امتياز البائع، والإمتياز لا يتقرر على العناصر المادية إلا في حالة الإتفاق على ذلك صراحة، والأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد العناصر التي تكون محلاً للإمتياز، فقد يتفق على أن يكون الإمتياز على العناصر المعنوية أو المادية أو بعضها(1)، أما إذا أغفل المتعاقدان تحديد محل الإمتياز صراحة، فقد نص المشرع على أن الإمتياز لا ينصب إلا على العناصر المعنوية فحسب، هذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 96 من التقنين التجاري، إذ تنص على ما يلي: «لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد، فإذا لم يعين على وجه الدقة، فإن الإمتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية».

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق ص 381، وأنظر أيضاً أحمد محرز المرجع السابق ص 216.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بعدم تجزئة امتياز البائع أي أن كل جزء من المبيع ضامن للثمن كله، وكل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله، فإن الميدان التجاري يضع استثناءاً لهذه القاعدة إذا أن الفقرة(1) الرابعة من المادة 96 من التقنين التجاري قضت بتجزئة الإمتياز إلى ثلاثة أقسام: أولاً البضائع ثم المعدات، ثم العناصر المعنوية وبالتالي فإن كل عنصر يحدد بقيمة معينة، وكل عنصر يضمن بقيمته، فإذا قام المشتري بتسديد قيمة أحد العناصر خصمت من الثمن وسقط امتياز البائع تبعاً لذلك العنصر، وهذا الإمتياز الذي يتمتع به البائع يخوله حق التقدم وحق التتبع، فبالنسبة لحق التقدم يمكنه من استيفاء حقه أو دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة أي أنه يستوفي حقه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين وأصحاب القيود التي تجرى على نفس المبيع طالما أنها تالية له في تاريخ القيد، وحق التقدم من أهم خصائص امتياز البائع،إذ يمكنه من الحصول قبل غيره من الدائنين على حقه المتمثل في الثمن والفوائد ومن قيمة الأشياء التي تم بيعها وتقرر عليها الإمتياز.

أما حق التتبع، فيخول البائع الحق في تتبع المحل في أي يد كان في حالة ما إذا انتقلت ملكيته إلى الغير، ولا يستطيع هذا الأخير الإحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن هذه القاعدة تطبق في مجال المنقولات المادية، في حين أن المحل التجاري منقول معنوي ومن ثم يخضع لهذه القاعدة، أما إذا كان البيع يقتصر على بعض العناصر المادية كالسلع أو الآلات أو المهمات، فلا يستطيع البائع أن يمارس حق التتبع عليها ويكون لحائزها حسن النية التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وفي هذه الحالة ما على البائع إلا الرجوع على المشتري.

---

(1) ف 4 من م 96 من ق. ت. ج تنص على ما يلي: «ويمارس امتياز البائع الضامن لكلٍ من هذه الأثمان أو ما بقا مستحقاً منها بصفة منفصلة على كل من أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية للمحل التجاري.»

المطلب الخامس: دعوى الفسخ:

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن أو الباقي منه، جاز للبائع أن يتبع طريقين في استيفاء حقه، الأول: هو التنفيذ العيني الذي يهدف إلى إجبار المشتري على تنفيذ التزامه والوفاء بالثمن عن طريق الحجز والبيع، والثاني فسخ العقد واعتبار البيع كأن لم يكن، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيسترد البائع المحل التجاري، ويرد للمشتري ما قبضه من الثمن إذا كان قد استوفى شيئاً منه، كما يجوز له مطالبة المشتري بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء الفسخ.

ولقد تعرض المشرع الجزائري لشروط دعوى الفسخ في المادة 109 وما يليها من التقنين التجاري، وتتمثل فيما يلي:-

1) لرفع دعوى الفسخ إما أن يصرح بها الطرفان في عقد البيع وفي الحالة العكسية يجب أن يؤشر عليها، وتحفظ بصفة صريحة في قيد الإمتياز، أي أن المشرع ترك الإختيار للمتعاقدين بين النص على دعوى الفسخ صراحة في العقد أو في القيد وإلا سقط حق البائع في التمسك بالفسخ.

2) عدم رفع دعوى الفسخ عند انقضاء الإمتياز، بل يجب رفع هذه الدعوى أثناء قيام الإمتياز، وتنتهي مدة الإمتياز بعد مرور عشر سنوات ولم تجدد (المادة 109 من التقنين التجاري).

3) لا ترفع دعوى الفسخ إلا على العناصر التي شملها البيع (المادة 106 من التقنين التجاري) فإذا أضاف المشتري للمحل التجاري عنصراً آخر كبراءة الإختراع مثلاً أو علامة تجارية، فلا يشملها الفسخ، بل يبقى المشتري محتفظاً بها. بينما العناصر التي شملها البيع ترد إلى البائع مهما كانت التعديلات التي أدخلها المشتري عليها، فترد البضائع والمعدات بحالتها التي تكون عليها وقت الفسخ سواء زادت قيمتها أو نقصت.(1)

---

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 392.

4) يلتزم البائع الذي يريد إقامة دعوى الفسخ بأن يخطر دائني المشتري الذين لهم قيود على المحل في محال إقامتهم التي اختاروها للقيام بالقيد، فإذا لم يخطرهم بذلك، فإن الفسخ لا يسري في حقهم ولا يجوز الإحتجاج به في مواجهتهم(1)

كما يجب على البائع القيام بعملية إخطار الدائنين المقيدة حقوقهم بدعوى الفسخ حتى إذا تضمن عقد البيع نصاً صريحاً يقضي بفسخ العقد بقوة القانون في حالة عدم دفع الثمن، أو إذا تم الإتفاق بين البائع والمشتري على فسخ العقد. أما الدائنون أو ورثة المشتري، فلا يعتبرون من الغير وبالتالي لا يلتزم البائع بأخطارهم برغبته في الفسخ(2)، وترجع الحكمة في أخطار دائن المشتري بدعوى الفسخ إلى حماية مصلحة كل دائن حتى يتمكن من اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية حقة فله أن يتدخل في دعوى الفسخ ليراقب سيرها ويحول دون وقوع أي تواطؤ بين البائع والمشتري، كما أن له أن يدفع الثمن إلى البائع ويحل محله في دينه في مواجهة المشتري.

5) يمكن أن يتم أخطار الدائنين المقيدين بإجراء غير قضائي، ولكن لا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ إلا إذا مضى شهر على تاريخ أخطار الدائنين المقيدين وإلا كان الفسخ باطلاً (ف2 من المادة 111 وف2 من المادة 112 من التقنين

---

(1) المادة (111) من القانون التجاري: تنص على ما يلي: « يجب على البائع القائم بدعوى الفسخ أن يبلغ الدائنين المقيدين في محل الإقامة المختار منهم في عمليات قيودهم ولا يجوز أن يصدر الحكم إلا بعد مضي شهر من تاريخ هذا التبليغ. »

(2) المادة 112 من القانون التجاري تنص على ما يلي: «إذا يشترط البائع عند البيع فسخ العقد من تلقاء نفسه لعدم دفع الثمن في الآجل المتفق عليه أو إذا تراضي البائع والمشتري على فسخ البيع وجب على البائع إبلاغ الدائنين المقيدين بواسطة إجراء غير قضائي، وفي محلات إقامتهم المختارة بالفسخ الحاصل والمتفق عليه ولا يصبح هذا الفسخ نهائياً إلا بعد مضي شهر من تاريخ التبليغ الحاصل على الشكل المذكور، ويجب أن يتضمن التبليغ ذكر هذه المهلة تحت طائلة البطلان».

التجاري) وإذا تم البيع بالمزاد العلني بناء على طلب أحد الدائنين يجب عليه أن يخطر البائع بذلك لكي يستعمل حقه في طلب الفسخ في خلال شهر من تاريخ أخطاره أو تبليغه وإلا سقط في ذلك (المادة 113 من التقنين التجاري) والحكمة من ذلك هي وضع قيود على البائع في استعمال حقه في طلب الفسخ وبذلك لا ينصرف المتزايدون عن الشراء أو عن دخول المزايدة خشية أن يرفع البائع دعواه فيفسخ البيع بعد رسو المزاد.

6) يجوز للبائع رفع دعوى الفسخ حتى لو كان المشتري في حالة إفلاس، وهذا ما تنص عليه المادة 114 من التقنين التجاري: «يجوز لبائع المحل أن يتمسك بامتيازه وحقه في الفسخ تجاه مجموعة دائني التفليسة».

آثارالفسخ:

إذا توافرت جميع شروط الفسخ، ترتب على ذلك اعتبار البيع كأن لم يكن، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل التعاقد، فيسترد البائع المحل التجاري ولكن لا يجوز له أن يسترد العناصر الجديدة التي أضافها المشتري للمحل، بل يسترد فقط العناصر التي انصب عليها البيع. وهذا ما تقضي به المادة 109 من التقنين التجاري بقولها «إذا لم يوجد شرط صريح في عقد البيع، يجب لكي تنتج دعوى الفسخ أثارها أن يؤشر عليها وتحفظ بصفة صريحة في قيد الإمتياز المنصوص عليه في المادة 976. ولا يجوز رفعها إلى الغير بعد انقضاء الإمتياز. وتكون الدعوى منحصرة كالإمتياز نفسه بالعناصر التي شملها البيع". وينصب الإسترداد على المحل التجاري كمجموع من العناصر تكون معاً وحدة واحدة. وهذا رغم أن ثمن المحل التجاري يكون مجزءاً إلى ثلاثة إجزاء يقابل كل منها أحد عناصر المحل التجاري وأن الوفاء بالجزء من الثمن الذي يقابل أحد العناصر يترتب عليه انقضاء الإمتياز الواقع عليه لمصلحة البائع، غير أن ذلك لا تأثير له في حالة الفسخ، لأن الفسخ ينصب على المحل التجاري كوحدة شاملة.

كما يلتزم البائع من جهته بأن يرد للمشتري المبلغ الذي قبضه منه، ويكون لهذا الأخير أن بحبس المحل التجاري تحت يده حتى استيفاء المبالغ المطلوبة من البائع، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة.

أما بالنسبة للغير، فإنه يحق للبائع استرداد المحل التجاري حتى ولو تصرف المشتري في المحل التجاري، كبيعه إلى مشتر آخر إذا لا يكون للمشتري الثاني طلب عدم سريان آثر الفسخ في حقه استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية وقد سبق أن قلنا آنفاً أن هذه القاعدة خاصة بالمنقولات المادية، ولا يجري سريانها على المنقولات المعنوية التي يعد المحل التجاري منها، فضلاً عن أن الفسخ ينصب على المحل التجاري باعتباره وحدة متكاملة بدون النظر إلى العناصر المكونة له، أما إذا اقتصر المشتري على التصرف في بعض العناصر فحسب، كالعناصر المادية كبيع البضائع أو المعدات، ففي حالة الفسخ لا يستطيع البائع استردادها من الغير الذي حازها بحسن نية لأنها من ضمن المنقولات المادية التي تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وإذا قام المشتري بترتيب رهن على المحل التجاري، فلا يتأثر به حق البائع ويستطيع استرداد المحل في حالة الفسخ، لأن الفسخ يتطلب اعتبار البيع كأن لم يكن، فيعود المحل التجاري إلى البائع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا رتب هذا الرهن في وقت لاحق على البيع اعتبر الرهن واقعاً على مال مملوك للغير ومن ثم يكون باطلاً(1)

وأخيراً ننتهي إلى أن كل فسخ قضائي أو رضائي يجب أن ينشر من الطرف الذي حصل عليه خلال15 يوماً من صدور الحكم النهائي بالفسخ وهذا ما تقضي به المادة 113 من التقنين التجاري: «كل فسخ قضائي أو صلحي للبيع ينشر من الطرف الذي حصل عليه وذلك حسب الشروط المقررة للبيع نفسه خلال الخمسة

---

1) علي حسن يونس المرجع السابق- ص 270 و271.

وأنظر أيضاً المرجع السابق- ص 88 - JAUFFRET MANUEL DE D.C.

عشر يوماً التي تلي التاريخ الذي يصبح فيه الفسخ نهائياً". كما أن كل عقد بيع للمحل التجاري يقضي باحتفاظ البائع بالثمن كله أو بعضه عند ترتيب الفسخ يعتبر ملغى، أي معدوماً، هذا ما تقضي به المادة 116 من التقنين التجاري بقولها: «يعتبر ملغى كل شرط وارد في عقد بيع، المحل التجاري، ويقضي باحتفاظ البائع في حالة حصول الفسخ بثمن المبيع كله أو بعضه»

المبحث الثاني:

إلتزامات المشتري

يقع على عاتق المشتري في البيع التزامات: التزامه بتسلم المحل والتزامه بالوفاء بالثمن المتفق عليه مع دفع نفقات العقد.

المطلب الأول: الإلتزام بالتسلم:

يلتزم المشتري بتسلي المحل التجاري في الأجل المتفق عليه في العقد، فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق، وجب الرجوع إلى إحكام العرف الجاري به العمل في هذا الشأن، فإن لم يوجد حكم عرفي في ذلك وجب على المشتري تسلم المحل التجاري بمجرد إنعقاد البيع وتكون نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك، هذا ما تنص عليه المادة 395 من التقنين المدني «إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك... " وإذا امتنع المشتري من تنفيذ التزامه بتسلم المبيع كان للبائع الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد، فضلاً عن المطالبة بالتعويض في حالة ما إذا ترتب على ذلك ضرر له، فإذا اختار البائع التنفيذ العيني جاز له رفع دعوى على المشتري لمطالبته بالثمن، كما يكون للبائع في هذه الحالة أن يطلب من المحكمة وضع المحل التجاري تحت الحراسة حتى يفصل في النزاع بينه وبين المشتري، كذلك يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه، أما إذا اتفق الطرفان على أن يتم التسليم في نفس الوقت الذي يدفع فيه الثمن، فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن يعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون دون حاجة إلى إعذار، وهذا ما تنص عليه المادة 392 من التقنين المدني :«في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخاً وجوباً في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل، وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك». وتقابل هذه المادة 461 من

القانون المدني المصري والمادة 1653 من القانون المدني الفرنسي، ولقد أثير خلاف حول تطبيق نصها على بيع المحل التجاري، فذهب رأي إلى تطبيق هذا الحكم علي المنقولات بصفة عامة سواء كانت مادية أو معنوية وبالتالي يخضع لحكمها بيع المحل التجاري، بينما الرأي الراجح يرى عدم تطبيقها عليه لأنها خاصة بالعروض والمنقولات المادية التي تنقلب أسعارها غالباً في حين أن هذا لا يحدث بصدد المحل التجاري(1)

المطلب الثاني: الإلتزام بدفع الثمن:

يلتزم المشتري بدفع الثمن في الزمان والمكان المتفق عليهما في عقد البيع، ويحدد الإتفاق أيضاً طريقة الوفاء بالثمن، وما إذا كان يتم بالتجزئة أو دفعة واحدة وكثيراً ما يجزأ الثمن نظراً لضخامته(2) وفي هذه الحالة قد يحرر المشتري لمصلحة البائع سندات إذنية تسمى بسندات المحل (Billets de Fonds) بعدد الأقساط المستحقة وفي حالة تأجيل دفع الثمن، يجب خصم ما دفع منه وفقاً للترتيب الذي نص عليه المشرع في المادة 96 من التقنين التجاري، إذ يخصم ما دفع من ثمن، أولاً من ثمن البضائع ثم من ثمن المعدات ثم من ثمن العناصر المعنوية، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك، وتعد هذه القاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، والتزام هذا الترتيب لا يعد شرطاً لصحة عقد البيع، وإنما هو شرط لاحتفاظ البائع بامتيازه، والحكمة التي توخاها المشرع من هذا الترتيب في الخصم من قيمة المبيع تعود إلى مراعاة مصلحة البائع والمشتري في آن واحد، فمصلحة المشتري تتمثل في أنه إذا احتفظ البائع لنفسه بحقه في الإمتياز كان حقه مقرراً على عناصر المحل التجاري بأكملها، فأراد المشرع بتحديد كيفية السداد أن ينهي امتياز البائع على البضائع والمعدات لأنها العناصر التي يعتمد

---

(1) على حسن يونس المحل التجاري المرجع السابق- ص 193.

(2) المرجع السابق- ص 391 Ripert

عليها المشتري أساساً في التعامل مع الغير وخاصة مع دائنيه وأما ما بقي للبائع من ثمن مؤجل فيعتبر البائع بالنسبة لهذه الأشياء دائناً عادياً ويعتبر هذا الترتيب أيضاً في مصلحة البائع لأن البضائع والمعدات من المنقولات المادية. واستمرار امتيازه عليها غير مجد في حالة حيازة الغير حسن النية لها، فأراد المشرع أن يضمن بقية دينه بالعناصر المعنوية(1).

المطلب الثالث: دفع نفقات العقد:

تنص المادة 393 من التقنين المدني على مايلي: «إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري مالم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك.»

إذن فنفقات التسجيل والطابع، وهي رسوم الدمغة ورسوم الإعلان العقاري، إذ قد يكون نشاط المحل يتمثل في بيع العقارات أو تأجيرها أو يكون لبائع المحل عقاراً أو عقارات يودع فيها البضائع أو قد يكون البائع مالكاً للعقار الذي يمارس فيه نشاطه التجاري، فإن الإجراءات المتعلقة بنقل ملكية العقار من توثيق وشهر تقع على عاتق المشتري، وتشمل نفقات العقد المصاريف اللازمة لتحرير العقد أو إشهاره وهذا بقصد المحافظة على امتياز البائع، وغير ذلك من المصاريف التي يتطلبها العقد، في حالة ما إذا قام البائع بدفع شيء من هذه النفقات المتعلقة بالعقد، يجوز له الرجوع على المشتري بما دفعه، وتعتبر هذه النفقات جزءاً مكملاً للثمن، ولذلك يتقرر للبائع بصددها الإمتياز المقرر له بالنسبة للثمن كما يجوز للبائع أن يطلب التنفيذ العيني أو فسخ البيع في حالة امتناع المشتري عن الوفاء بها(2)

---

(1) سميحة القليوبي المرجع السابق- ص 383
وأنظر أيضاً علي حسن يونس المرجع السابق- ص 197.
(2) أظر علي حسن يونس المرجع السابق- ص 202.

المبحث الثالث:

آثار بيع المحل التجاري

يترتب على بيع المحل التجاري بعد قيده وإشهاره، انتقال ملكيته من البائع إلى المشتري، ونشير إلى أن العناصر المكونة له، والتي يشترط القانون الخاص بها ضرورة اتباع إجراءات خاصة لنقل ملكيتها كما هي الحال بالنسبة لبراءة الإختراع وحقوق الملكية الآدبية والفنية والعلامات التجارية والنماذج الصناعية، فإنه يلزم اتباع الإجراءات الخاصة المقررة لكل منها، هذا ما تنص عليه المادة 147 من القانون التجاري بقولها: «يتم إجراء القيد والبيانات طبقاً للتشريع الساري المفعول إذا كانت البيوع أو التنازلات عن المحلات التجارية تشمل على براءات الإختراع أو رخص أو علامات أو رسوم أو نماذج.»



المراجع بالعربية:

1- أحمد فاضل: المحل التجاري بحث ديبلوم الدراسات العليا فرع القانون الخاص 1976- 1977.

2- أحمد محرز: القانون التجاري طبعة 2- ديوان المطبوعات 1981.

3- أكثم أمين الخولي: قانون التجارة اللبناني المقارن الجزء 1 الطبعة 2 دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1967.

4- حسين النوري: الأعمال التجارية والتاجر، مكتبة عين شمس دار الجيل للطباعة 1976.

5- عباس حلمي: الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1983.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات أثار الإلتزام دار إحياء التراث العربي.

7- علي حسن يونس: القانون التجاري، جامعة عين شمس 1977.

8- علي حسن يونس: المحل التجاري، النشر دار الفكر العربي القاهرة 1974.

9- محمد فريد العريني: القانون التجاري الطبعة -1 - 1976 - 1977 الناشر دار المطبوعات الجامعية.

10- محمد حسن عباس: القانون التجاري دار النهضة العربية 1966.

11- محمد هلال: مطبوعة القانون التجاري 1976.

12- محمد زهدور: الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري

وفق آخر تعديلات طبعة 1991.

13 ــ محي الدين الجرف: مذكرات في القانون التجاري جامعة الجزائر معهد العلوم الإقتصادية 1979ــ1980.

14 ــ سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري دار الثقافة العربية للطباعة النشر مكتبة القاهرة الحديثة طبعة 1ــ1972.

15 ــ صوفي حسن أبو طالب: مبادىء تاريخ القانون، دار النهضة العربية القاهرة 1967.

16 ــ يحي بكوش: إدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامى الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائري 1981.

17 ــ القانون المدني الجزائري الصادر عام 1975.

18 ــ القانون التجاري الجزائري الصادر عام 1975.

19 ــ قانون السجل التجاري الصادر عام 1991.

20 ــ المرسوم التشريعي الصادر عام 1993 يتمم ويعدل القانون التجاري الصادر عام 1975.

21 ــ الأمر الصادر سنة 1996 يتمم ويعدل القانون التجاري الصادر عام 1975.

22 ــ المرسوم التنفيذي الصادر سنة 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري.

المراجع بالفرنسية:

1- Michel- de juglart Benjamin IPPOLITO- cours de droit commercial. 1er volume,3ème edition. Edition mont-chretien

2- ALFRED Jauffert. Introduction à toutes les personnes du droit commercial: les commercants individus.Dalloz 1980.

3- JOSEPH HAMEL et GASTON LAGARDE. Traité du droit commercial tome 1, Paris librairie Dalloz 1954.

4- ALFRED Jauffert,manuel de droit commercial,3ème édition,librairie générale de droit et de jurisprudence,Paris 1970.

5- GEORGES RIPERT. Traite élémentaire de droit commercial T.1. 2ème édition L.G.D.J. 1984.

6- RACHID FEKKAk. Annonce d'un débat sur la reforme du commerce exterieur et la libération des mouvements de capitaux en Algerie comment s'yretrouver,Juin 1991.

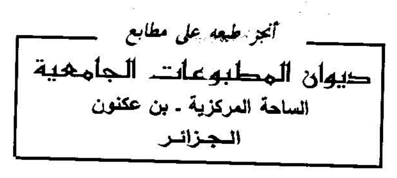
7- JURIS CLASSEUR. Droit commercial.

8- Revue de droit commercial 1954.

9- Jean Escarra. Cours de droit commercial, nouvelle édition Librairie du Recueil Sitey. Paris 5- 1952.



الفهرس


أنجز طبعه على مطابع
ديوان المطبوعات الجامعية
الساحة المركزية - بن عكنون
الجزائر

الدكتورة نادية فضيل من مواليد القصبة تابعت دراستها بثانوية عائشة أم المؤمنين إلى أن حصلت على شهادة البكالوريا ثم واصلت الدراسة بمعهد الحقوق بالجزائر، فنالت شهادت الليسانس في القسم الخاص سنة 1977، ثم حصلت على شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية سنة 1984 وشهادة الدكتوراه الدولة في نفس الإختصاص.

• أما مشوارها العلمي، فكان بمعهد الحقوق بجامعة تيزي وزو حيث قامت بالتدريس هناك مدة ثلاث سنوات ثم انتقلت إلى المدرسة العليا للتجارة بالعاصمة حيث كلفت بتدريس محاضرات القانون التجاري لمدة سنتين، وفي 1989 عينت بمعهد الحقوق بالجزائر وتتولى حاليا التدريس بقسم الماجستير فرع القانون الخاص.

• و قد قامت بتحرير هذا الكتاب الذي يحتوي على شرح الأعمال التجارية، و كيفية اكتساب صفة التاجر وبيع المحل التجاري وهذا على ضوء ما جاء به القانون التجاري الجزائري الصادر سنة 1975 والمرسوم التشريعي المعدل والمتمم لهذا الأخير الصادر سنة 1993 و الأمر الصادر في سنة 1996.